THÈSE DE
CAEN.
1886
Nº. 7.

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

DU SÉNATUS-CONSULTE VELLÉIEN

EN DROIT ROMAIN

DE L'INCAPACITÉ DE LA FEMME MARIÉE

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Par L. PEYRAT

LILLE
IMPRIMERIE CAMILLE ROBBE
Rue Léon-Gambetta, 209.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41542701_0029

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

DU SÉNATUS-CONSULTE VELLÉIEN

EN DROIT ROMAIN

DE L'INCAPACITÉ DE LA FEMME MARIÉE

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Par L. PEYRAT

L'acte public sur les matières ci-après sera soutenu le 25 février 1886, à 3 heures

Président :	M. DANJON,	
Suffragants :	MM. LAISNÉ-DESHAYES, GUILLOUARD,	*Professeurs.*
	DUGUIT.	*Agrégé.*

LILLE
IMPRIMERIE CAMILLE ROBBE
Rue Léon-Gambetta, 209.

DROIT ROMAIN

DU SÉNATUS-CONSULTE VELLÉIEN

INTRODUCTION

La femme occupait à l'origine, dans la société romaine, une situation essentiellement inférieure. *Filiafamilias*, elle était, à titre d'enfant, la chose du père; celui-ci avait sur elle les droits les plus absolus : il pouvait la manciper, *mancipare* (G. C. I, § 132 et C. IV, § 79); l'abandonner en noxe, *noxali causa mancipare* (G. C. IV, §§ 75 et 79); ou même, comme juge domestique, la mettre à mort (l. 10, C. VIII, 47, *l. l. Mosaïc. et Rom. coll.* IV, § 8). Elle ne pouvait acquérir que pour le père, et en empruntant sa personnalité (*Inst.* III, 28, pr.) Seul propriétaire des biens acquis de la sorte, le *paterfamilias* avait la faculté d'en disposer avec la plus entière liberté, sans que sa fille en recueillît le moindre avantage. (*Inst.* II, 9, § 1). Cette puissance absolue se conserva dans presque toute sa rigueur pendant la République. Cependant, les mœurs l'avaient déjà adoucie; le père avait fini par être considéré plutôt comme le chef souve-

rain que comme le propriétaire des membres de sa famille. Sous les empereurs, de nouvelles restrictions modifièrent considérablement l'autorité du *paterfamilias*. C'est ainsi que Constantin ne permit de vendre les enfants qu'au sortir du sein de leur mère, *sanguinolenti*, et en cas d'extrême misère, *propter nimiam paupertatem egestatemque victus* (l. 1, C. Th. V, 8). Ce même empereur déclara que le père qui tuerait son fils ou sa fille serait condamné à la même peine que le parricide (l. 1, C. IX, 17). Quant à l'abandon noxal, Justinien le fit disparaître (*Inst.* IV, 8, § 7).

Si maintenant nous considérons la situation de la *filia-familias* dans la famille de son mari, nous voyons tout d'abord que le mariage même ne pouvait soustraire la fille à l'autorité de son père. Toutefois, ce dernier pouvait perdre ses droits par la *manus* (G. C. I, § 109, C. IV, § 43). La *manus* s'acquérait de trois manières : 1° par la *confarreatio* (*Ulp. Reg.* IX; G. C. I, § 112), cérémonie religieuse présidée par le flamine de Jupiter, assisté de dix témoins, dans laquelle figurait un pain de froment; 2° par la *coemptio* (G. C. I, §§ 113 et 114), vente solennelle de la femme à son mari; 3° par l'*usus* (G. C. I, § 3), c'est-à-dire par la possession pendant une année entière sans interruption. Alors seulement la femme était acquise au mari à peu près comme une chose. Il devenait propriétaire de tout ce qu'elle possédait et de tout ce qu'elle pouvait acquérir dans la suite. Son autorité était absolue. Il était son maître et son juge. C'était le rang de fille, *loco filiæ*, que la femme tenait dans l'association conjugale (G. C. I, § 111, 114, 115 *bis*, 118, 136; C. II, § 139, 15; C. III, § 3. — *Ulp. Reg.* XXII, 14. — *Collat.* XVI, II, 14); elle était donc considérée comme

la sœur de ses propres enfants. Cette puissance particulière, acquise par le mari sur sa femme, tomba peu à peu en désuétude dès la fin de la République, pour disparaître complètement au 3e siècle de l'ère chrétienne.

Jusqu'ici nous ne nous sommes occupés, que de la femme *alieni juris*, soit *filiafamilias*, soit épouse. Devenait-elle indépendante, *sui juris* (G. C. I, § 127), par suite de la mort du chef de famille, sa position ne se trouvait guère améliorée. Elle n'échappait à la puissance paternelle ou maritale que pour tomber en tutelle perpétuelle. Tout en lui reconnaissant la faculté de gérer elle-même ses affaires, *negotia gerere*, elle devait néanmoins requérir *l'auctoritas tutoris* (G. C. I, § 144; *Ulp. Reg.* XI, § 1). Le tuteur lui était assigné soit par testament, soit par la loi, soit par la justice. Le testament pouvait émaner, soit du père, pour la femme en puissance; soit du mari, pour la femme *in manu* (G. C. I, § 148). La désignation faite par le mari avait de remarquable qu'elle laissait parfois à la femme le choix de son tuteur, *tutoris optio* (G. C. I, §§ 150, 153). A cette première sorte de tuteur, on opposait le tuteur légitime, nommé par la loi à défaut de tuteur testamentaire. C'était pour la femme ingénue, ses agnats; et pour l'affranchie, son patron. Enfin, à défaut de tuteur testamentaire ou légitime, le droit de nomination appartenait au magistrat (*Ulp. Reg.* XI, 18).

L'intervention du tuteur n'était même pas toujours nécessaire. Elle n'était exigée que dans un certain nombre d'actes dont l'énumération nous est donnée par Ulpien (*Reg.* XI, § 27). Ainsi la femme avait besoin de l'*auctoritas* notamment, pour contracter une obligation, *si se obliget* (G. C. III, § 108); pour aliéner une *res mancipi*

(*Ulp. Reg.* XI, § 27); pour agir en justice dans les *legitima judicia;* pour permettre à son affranchie de vivre en *contubernium* avec l'esclave d'autrui; pour accomplir un acte de droit civil, *si civile negotium gerat;* par exemple, pour tester. Par contre, elle pouvait seule, et sans l'intervention de son tuteur, agir en justice dans les instances qui n'étaient pas régies par le droit civil, *judicium non legitimum;* recevoir un payement valable; (G. C. II, § 85), aliéner ses *res nec mancipi* (*Vatic. J. R. fragm.*, § 1); ainsi que la possession de ses biens. On avait voulu prévenir ainsi la dilapidation de la fortune des femmes. C'est ce qui explique pourquoi la tutelle légitime était accordée aux agnats; ils avaient en effet intérêt à s'opposer aux opérations par lesquelles la femme aurait pu diminuer sa fortune, puisqu'ils étaient appelés à lui succéder un jour.

Le tuteur n'était pas toujours libre de refuser son *auctoritas*. Le préteur la lui imposait souvent, quand il n'était pas légitime (G. C. I, § 190; C. II, § 122). Dès lors, elle ne fut plus qu'une formalité. Aussi Cicéron pouvait-il dire, dans son *Oratio pro Murena*, ch. XII, N° 29 : » Cum permulta præclare legibus essent constituta, ea jurisconsultorum ingeniis pleraque corrupta et depravata sunt. Mulieres omnes propter infirmitatem consiliis, majores in tutorum potestate esse voluerunt. Hi invenerunt genera tutorum qui potestate mulierum continerentur. »

Bientôt la tutelle légitime elle-même fut atteinte. Les lois caducaires en libérèrent l'ingénue mère de trois enfants; et de toute tutelle, autre que celle du patron ou de ses enfants, l'affranchie mère de quatre enfants (G. C. I, §§ 145, 194). Sous Claude, la tutelle des

agnats fut supprimée (G. C. I, § 171); enfin, un édit de Théodose (l. 1, C. VIII, 61), en octroyant à toutes les femmes les priviléges de la maternité, les débarrassa toutes de la tutelle.

Débarrassées de la *manus* et de la tutelle, les femmes n'en restaient pas moins, vis-à-vis de l'homme, dans une situation inférieure. C'est ce qui fait dire à Papinien « *deterior est conditio feminarum quam masculorum* » (l. 9, D, I, 5), et à Ulpien » *major dignitas est in sexu virili* » (l. 1, D, I, 9). De toutes parts, l'on reprochait aux femmes leur faiblesse, *imbecillitatem*; leur ignorance des affaires, *forensium rerum ignorantiam*; leur légéreté d'esprit, *animi levitatem*; leur inaptitude aux choses sérieuses, *graviorum operum negata affectatio*. Par suite de l'infériorité dans laquelle elles se trouvaient, on leur refusait obstinément tout ce qui était considéré comme charge publique ou attribut de la qualité de citoyen. Ainsi:

Elles ne pouvaient exercer ni la puissance paternelle, ni la tutelle ou curatelle (l. l. 16 et 18, D., XXVI, 1); ni adopter (G. C. I, § 104); ni gérer une magistrature; ni être juges, ni accusatrices, sauf exception (l. 8, D., III, 3); ni figurer, du moins comme demanderesses, dans un *judicium legitimum*, si ce n'est pour exercer la *dotis actio* (l. 8, D, III, 3, et l. 22, §§ 8, 10, 11, D, XXIV, 3); ni dans tous les cas prendre la parole devant les juges.

Elles ne pouvaient être adrogées (G. C. I, § 101), ni tester tant que le testament ne put se faire que *calatis comitiis*. Plus tard même, elles ne testèrent valablement qu'après avoir fait la *cœmptio* (G. C. I, § 115). Il leur était interdit de figurer comme témoins dans une

mancipation (G. C. I, § 119) ou dans un testament (l. 20, § 6, D, XXVIII, 1, et *Inst.* II, 10, § 6), d'être cessionnaires d'une créance, d'exercer l'office d'*argentarius* (l. 12, D, II, 13), d'intervenir en justice pour des tiers, de les y représenter comme *procuratores* (*Inst.* IV, 13, § 11), et en général d'intercéder pour autrui.

Nous disons que, parmi les diverses incapacités dont les femmes étaient atteintes, se trouvait celle d'intercéder pour autrui. Cette incapacité fut l'objet de plusieurs dispositions législatives. Tout d'abord, on commença par interdire aux femmes d'intercéder pour leurs maris. Cette prohibition d'Auguste fut reproduite peu après par l'empereur Claude. Les édits de ces deux empereurs ne nous sont connus que par la mention d'Ulpien, insérée aux Pandectes, dans la loi 2, pr. D, XVI, 1.

La question de savoir si les femmes pouvaient intercéder pour d'autres que pour leurs maris était vivement controversée. Le sénatus-consulte Velléien, confirmant sur ce point la jurisprudence, ne tarda pas à y répondre négativement.

C'est ce sénatus-consulte que nous nous proposons d'étudier.

CHAPITRE I.

DATE, TEXTE, MOTIFS ET BUT DU SÉNATUS-CONSULTE VELLÉIEN.

En quelle année le sénatus-consulte Velléien fut-il rendu ? D'après Ulpien (l. 2, § 1, D., h. t.), l'initiative en appartient aux consuls Marcus Silanus et Velleius Tutor. Les fastes consulaires désignent comme consuls

en fonctions, l'an 46 de notre ère : Marcus Julius Silanus et Velleius Rufus. Sont-ce là les consuls désignés par Ulpien ? Ce qu'il y a de certain, c'est que la promulgation du Velléien n'est pas antérieure à Claude, car cet empereur défendit à la femme d'intercéder pour son mari ; elle n'est pas non plus postérieure au règne de Vespasien, car le jurisconsulte Cassius, qui mourut sous le règne de ce dernier empereur, eut l'occasion d'être consulté sur le sénatus-consulte, ainsi que cela résulte de la loi 16, § 1, D., h. t.)

La loi 2 au Dig., *ad senatus-c. Velleianum*, nous a conservé le texte du sénatus-consulte ; en voici la traduction :

Quod Marcus Silanus et Velleius Tutor consules verba fecerunt de obligationibus feminarum quæ pro aliis reæ fierint, quid de ea re fieri oportet, de ea re ita consuluerunt : quod ad fidejussiones et mutui dationes pro aliis, quibus intercesserint feminæ, pertinet, tametsi ante videtur ita jus dictum esse, ne eo nomine ab his petitio neve in eas actio detur, cum eas virilibus officiis fungi, et ejus generis obligationibus obstringi non sit æqum, arbitrari senatum recte atque ordine facturos, ad quos de ea re in jure aditum erit, si dederint operam ut in ea re senatus voluntas servetur.

Attendu que Marcus Silanus et Velleius Tutor, consuls, ont soumis, concernant les obligations des femmes qui se constitueraient débitrices pour d'autres, une proposition réglant ce qu'il faut décider à cet égard, il a été ainsi statué après délibération : en ce qui touche les fidéjussions et les emprunts pour d'autres, par lesquels les femmes intercéderaient, quoique déjà auparavant le droit semble avoir été fixé en ce sens que l'on ne donne contre elles, à ce titre, ni action réelle, ni action personnelle, puisqu'il n'est pas juste que les femmes remplissent des charges civiles et soient liées par des obligations du même genre, le sénat estime que ceux devant lesquels on se présentera en justice en pareil cas agiront sagement et régulièrement, en veillant à ce que la volonté du sénat sur ce point soit observée.

Nous remarquerons tout d'abord que ce sénatus-consulte ne se présente pas comme une innovation ; il

ne fait que confirmer une jurisprudence antérieure et constante : « ante videtur ita jus dictum esse. » En outre, il faut avoir soin de prendre l'esprit et non la lettre de notre texte, car bien qu'il ne paraisse s'appliquer qu'à la fidéjussion et à l'emprunt : « quod ad fidejussiones et mutui dationes pro aliis, quibus intercesserunt feminæ pertinet.... », il comprend nécessairement tous les actes par lesquels la femme s'oblige pour autrui. Enfin, nous ferons observer qu'il s'applique à toutes les femmes *sui juris*, nubiles, mariées ou non, qui ne sont pas *in tutela* ou *in manu*, sans distinction de rang ou de fortune : « Feminibus omnibus subventum est » (Ulpien, l. 2, § 1, D., h. t.)

Le sénatus-consulte a-t-il été rendu dans l'intérêt des femmes ou contre elles ?

Cette question, de tout temps controversée, divise encore aujourd'hui les romanistes. Les uns fondent l'origine du sénatus-consulte sur un motif purement politique, les autres sur une seule idée de protection et de faveur.

Il est hors de doute, disent les premiers, qu'en créant le sénatus-consulte, le sénat a obéi à une pensée politique. La prohibition viendrait de ce que la femme est incapable de remplir tout office civil ou public. Telle est, en effet, l'idée qui ressort apparemment de tous les textes. « Cum eas virilibus officiis fungi et ejus generis obligationibus obstringi non sit æquum », dit la loi 2 précitée ; de même, la loi 1, § 1, D., h. t. : « nam sicut moribus civilia officia adempta sunt feminis » ; la loi 2, *de diversis regulis juris*, D., L, 17 : « feminæ ab omnibus officiis civilibus vel publicis remotæ sunt » ; la loi 1, § 5, *de postulando*, D., III, 1 : « ne contra pudicitiam sexui

congruentem alienis causis se immisceant : ne virilibus officiis fungantur mulieres » ; la loi 12, § 2, *de judiciis*, D., V, 1 : « non autem omnes judices dari possunt ab his qui judicis dandi jus habent...., maribus, feminæ et servi : non quia non habent judicium, sed quia receptum est ut civilibus officiis non fungantur » ; la loi 21, *de procurat.*, C., II, 13 : « ne feminæ persequendæ litis obtentu in contumeliam matrimonalis pudoris irreverenter irruant, et conventibus virorum vel judiciis interesse cogantur » ; etc. (Gide, *étude sur la condition privée de la femme*, liv. I, ch. V, p. 174).

Les seconds opposent des textes d'Ulpien qui renferment l'idée de protection. Ainsi le § 2, de la loi 2, D., h. t. : « opem tulit mulieribus, propter sexus imbecillitatem », et le § 3 de la même loi : « deceptis (mulieribus) non decipientibus opitulatur,.... infirmitas enim feminarum, non calliditas auxilium demit. » On a donc voulu, disent-ils, protéger la femme, puisque par le seul fait de sa mauvaise foi, on lui retire le bénéfice du sénatus-consulte ! (Merlin, Répert, V° *S.-C. Velleïen*).

Nous croyons qu'il serait téméraire de prendre parti pour l'un ou l'autre de ces systèmes. Ne serait-il pas plus juste de penser que ce sénatus-consulte a été créé à la fois dans un but politique et de protection ? Nous verrons d'ailleurs que si la loi défend aux femmes d'intercéder pour autrui, elle leur permet au contraire de faire des actes importants, tels qu'une libéralité. Qu'on ne s'étonne point de cette anomalie, Ulpien nous en donnera la raison : « Facilius se obligat mulier quam alicui donat, » (l. 4, § 1, D., h. t.). Merlin reproduit également cette idée : « Il est bien vrai que, suivant la remarque des philosophes et des jurisconsultes, ce sexe a une certaine

propension à l'avarice qui semble le garantir de ce qui peut un jour atténuer sa fortune ; mais aussi la légèreté qui lui est propre ne lui permet pas toujours de faire de profondes réflexions, l'empêche d'être frappé des menaces d'un danger qui n'est pas sous ses yeux, et le livre entièrement à la discrétion d'un captateur adroit. » (Répert. V° *Sénatus-c.-Velléien*).

CHAPITRE II.

DE L'INTERCESSION ET DES FORMES QU'ELLE REVÊT GÉNÉRALEMENT.

Le sénatus-consulte Velléien défend absolument aux femmes d'intercéder pour autrui : « Velleiano senatus-consulto plenissime comprehensum est, ne pro ullo feminæ intercederent » (l. 1, *pr.* D., XVI, 1). Mais qu'est-ce donc que l'*intercessio ?* On peut repondre que c'est le fait de celui qui, sans intérêt personnel, s'adjoint à l'obligation d'autrui, ou y substitue sa propre obligation, ou oblige sa chose volontairement dans l'intérêt d'autrui.

Nous voyons par cette définition que toute *intercessio* exige nécessairement trois personnes : 1° une personne qui se porte débitrice ; 2° un créancier ; 3° une tierce personne pour laquelle la première s'oblige envers la seconde.

Avant d'étudier les différents modes par lesquels on peut « *intercedere pro alio*, » nous dirons quelques mots d'une classification qui a pris naissance de l'autre côté du Rhin.

Les romanistes allemands distinguent deux sortes d'intercessions :

L'*intercessio principalis* ou *privativa*, et l'*intercessio accessoria* ou *cumulativa*. L'*intercessio privativa* suppose le fait d'un tiers qui s'oblige au lieu et place du premier débiteur, de telle sorte que ce dernier se trouve libéré. L'*intercessio* est *cumulativa* lorsque l'intercédant s'oblige concurremment avec le débiteur originaire; elle se subdivise en *intercessio subsidiaria* et en *intercessio non subsidiaria; subsidiaria*, quand le créancier ne peut recourir à l'intercédant qu'après avoir poursuivi le débiteur originaire ; *non subsidiaria*, lorsque le créancier a le choix entre le débiteur primitif et l'intercédant.

Cette classification ne nous retiendra pas davantage, et nous arriverons immédiatement à l'examen des différents modes d'intercession.

On peut intercéder de deux manières, à savoir en se chargeant d'une obligation ancienne, ou d'une obligation nouvelle. Le Code défend à la femme l'une et l'autre de ces intercessions: « feminis alienas vel veteres vel novas obligationes aliqua ratione suscipientibus subvenitur » (l. 18, C. IV, 29).

En nous appuyant sur ce texte, nous pourrons donc diviser les divers modes d'intercession en deux grandes classes: 1° la femme *suscipit veterem obligationem; 2° suscipit novam obligationem.*

SECTION I.

PREMIÈRE HYPOTHÈSE. — SUSCIPIT VETEREM OBLIGATIONEM.

Il y a lieu de faire une sous-distinction: 1° la femme libère complètement le débiteur, et se met en son lieu et place; 2° elle devient sa codébitrice.

1° La femme se met au lieu et place du débiteur.

Cela peut arriver par l'*expromissio*, la *delegatio*, la *defensio pro alio*, la réponse à une *interrogatio in jure*, et le compromis fait par la femme au nom d'un autre.

Expromissio. — Il y a *expromissio* quand la femme promet par stipulation de payer ce qui était dû par l'obligé primitif. Il s'opère une novation par changement de débiteur.

Delegatio. — La *delegatio* est un mandat qu'une personne donne à un créancier de stipuler d'un tiers ce qui est dû par le débiteur, et ce dans le but de faire une novation. La femme peut jouer le rôle de déléguée ou de délégante. Dans la première hypothèse, elle intercède, à moins qu'elle ne soit elle-même débitrice du délégant, auquel cas elle fait sa propre affaire. Dans la seconde hypothèse, elle intercède encore, à moins qu'elle ne soit elle-même la débitrice du délégataire ou la créancière du délégué. Si elle est débitrice du délégataire, elle fait sa propre affaire, et si elle est créancière du délégué, elle ne s'expose pas de la part de ce dernier à un recours par l'action *mandati contraria*.

Defensio pro alio. — Quand une femme défend à une action à la place d'autrui, l'obligation qui découle de la *litis-contestatio* prend exclusivement naissance à sa charge. Le débiteur se trouve par cela même libéré de celle dont il était tenu antérieurement : il y a eu novation. Cela est dit formellement par Pomponius : « Solutione vel judicium pro nobis accipiendo, et inviti et ignorantes, liberari possumus » (L. 23, D., XLVI, 3). Par suite de son obligation, la femme devra fournir la *satisdatio* imposée à ceux qui sont défendeurs dans une instance *alieno nomine*.

Cependant la prohibition de la *defensio pro alio* n'est pas rigoureuse, car nous voyons parfois le préteur admettre la femme, *causa cognita*, à représenter en justice des parents que l'âge ou la maladie empêche d'agir (L. 41, D., III, 3).

Réponse à une *interrogatio in jure*. — On trouve dans les textes deux exemples de ce mode d'intercession : 1° le créancier d'une succession, dans la persuasion où il est que c'est une femme qui se trouve héritière, voudrait intenter contre elle l'action qu'il avait contre le défunt. Comme il craint de faire erreur, il adresse à la femme une *interrogatio in jure* sur la question de savoir si elle est ou non héritière. La femme répond de bonne foi affirmativement ; elle se trouve liée par son aveu : « confessus in jure, pro judicato habetur. » Mais, en pareil cas, elle s'est soumise a des obligations qui lui sont étrangères ; elle a intercédé en libérant le véritable héritier ; on lui accordera donc le bénéfice du sénatus-consulte Velléien (L. 23, D., h. t.) ; — 2° la loi 26 nous fournit un autre exemple : une femme possède un esclave qui ne lui appartient pas. Cet esclave a commis un délit. La victime intente l'action noxale contre la femme, mais a soin auparavant de lui demander *in jure*, si elle est ou non propriétaire du coupable. Elle répond affirmativement. L'action noxale va donc se suivre contre elle, au lieu d'être suivie contre le véritable maître de l'esclave qui sera libéré. Si la femme avait répondu *intercedendi animo*, il y aurait intercession prohibée, et le sénatus-consulte recevrait son application ; mais si elle a possédé l'esclave de bonne foi, il n'y aura pas eu d'intercession, car le possesseur de bonne foi d'un esclave est tenu *suo nomine* de l'action noxale.

Compromis fait par la femme au nom d'un autre. — « Si mulier alieno nomine compromittat, non erit pecunia compromissa, propter intercessionem » (L. 32, § 2, D., IV, 8.) La femme s'est obligée pour le compte d'autrui à soumettre à un arbitre le litige existant entre le tiers pour qui elle intercède et une autre personne. Elle se soumet d'avance à exécuter la sentence de l'arbitre, et c'est contre elle que l'exécution de cette sentence sera poursuivie. Le tiers est donc libéré. Il y a là une intercession tombant sous le coup du sénatus-consulte Velléien.

2° — *La femme devient seulement codébitrice.*

L'obligation de la femme vient se joindre à une autre. Cela peut arriver par la fidéjussion, le constitut, le *mandatum pecuniæ credendæ*, l'hypothèque, la renonciation à un rang d'hypothèque, la *procuratio ad agendum*, l'engagement pris par la femme de garantir un héritier contre l'insolvabilité des débiteurs d'une succession, la dette solidaire dans certains cas seulement.

La fidéjussion. — Nous n'insisterons pas sur ce mode d'intercession, tant il s'explique par lui-même.

Le constitut. — Il y a constitut *pro alio*, quand une personne prend l'engagement de payer, à jour fixe, une dette antérieurement contractée. C'est par l'intention des parties que se détermine le caractère de l'opération. Le nouveau débiteur a-t-il voulu s'obliger à côté ou à la place de l'ancien? Dans le premier cas, il y a *fidejussio*; dans le second, *expromissio* ou constitut. Le constitut a sur la fidéjussion l'avantage d'être soustrait à toutes formalités : la fidéjussion ne peut se former que par la stipulation, le

constitut est au contraire un simple pacte dont la validité est subordonnée au seul consentement des parties.

Le mandatum pecuniæ credendæ. — Ce mode d'*intercessio* se présente dans l'hypothèse suivante : « Je donne mandat à Primus de prêter à Secundus une somme d'argent dont je lui garantis le remboursement. » Primus a donc deux débiteurs : Secundus (le débiteur principal), et moi, mandant (débiteur accessoire ou fidéjusseur). Il y a encore *mandatum pecuniæ credendæ*, si je vous donne mandat de gérer le patrimoine d'un absent. Je fais ainsi une *intercessio*, car je m'oblige à vous rembourser les dépenses que votre gestion occasionnera, si le principal obligé devient insolvable. Bref, le *mandatum* a lieu toutes les fois qu'une personne donne à une autre personne mandat de devenir créancière, à quelque titre que ce soit, d'une troisième personne déterminée. La différence capitale entre le mandatum et la *fidejussio* consiste en ce que le *mandatum* précède toujours l'obligation, tandis que la *fidejussio* la suit.

L'hypothèque constituée pour la sûreté de la dette d'autrui. — La femme qui donne un gage ou hypothèque un immeuble pour la sûreté de la dette d'un tiers, bien qu'elle engage sa chose et non sa personne, bien qu'elle ne soit tenue que *propter rem*, fait assurément une véritable *intercessio*. Au premier abord, on peut s'étonner qu'elle ne puisse hypothèquer sa chose pour autrui, du moment qu'elle fait valablement remise au débiteur de l'hypothèque qui garantit sa créance. Cela s'explique naturellement : lorsqu'elle constitue hypothèque, on peut craindre qu'elle ne comprenne pas suffisamment toute la gravité de l'acte qu'elle accomplit ; il n'en est pas de même en cas de renonciation, l'intérêt qu'elle porte à sa fortune se chargera de lui ouvrir les yeux.

C'est au principe que la femme ne peut constituer hypothèque pour la sûreté de la dette d'autrui, qu'il faut, croyons-nous, rattacher la prohibition d'après laquelle le mari ne peut engager ou hypothèquer le fonds dotal, même avec le consentement de la femme. M. Demangeat, qui a défendu ce système, s'exprime ainsi dans son ouvrage sur *la condition du fonds dotal* : « Supposons qu'une femme mariée consente à hypothèquer son bien paraphernal, pour sûreté d'une dette que contracte son mari : sans aucun doute, on verra là une *intercessio*, et l'on tiendra pour nulle l'hypothèque ainsi consentie. Voici maintenant ce qui a dû arriver pour le fonds dotal. De même que, sous l'empire de la loi *Julia*, le mari ne peut aliéner le fonds dotal à ses créanciers, *contracta fiducia*, qu'autant que la femme y consent, de même quand le *pignus* et l'*hypotheca* commencèrent à être usités, on dut y voir une *alienatio* dans le sens de la loi *Julia*, et par conséquent ne permettre au mari de grever ainsi le fonds dotal que moyennant le consentement de la femme. Puis, en y regardant de plus près, on dut se dire : si la femme qui consent l'hypothèque sur son paraphernal au créancier de son mari, fait une véritable *intercessio pro marito*, serait-il raisonnable de ne pas considérer ainsi l'acte de la femme qui n'hypothèque pas elle-même (elle n'est pas propriétaire), mais qui consent à ce que le mari hypothèque (au créancier du mari) le fonds dotal ? Dans un cas comme dans l'autre, il y a *intercessio ;* car, dans un cas comme dans l'autre, la femme expose sa fortune pour venir au secours du mari, et de telle manière que, très probablement, elle se fait illusion sur le danger. » (p. 215).

Les partisans du système suivant lequel la défense

faite au mari d'hypothèquer le fonds dotal, même avec le consentement de la femme, aurait son origine dans la loi *Julia de adulteriis et fundo dotali*, se basent sur les textes des *Institutes* (II, 8) et sur le *Code* (L. 1, § 15, V, 13). Selon ces textes, la loi *Julia* aurait contenu, quant au fonds dotal, les trois dispositions suivantes : 1° défense au mari d'aliéner sans le consentement de la femme ; 2° défense d'hypothèquer, même avec ce consentement ; 3° inapplicabilité de ces deux prohibitions dans les provinces.

Ce système est fortement combattu par Gaïus (C. II, § 63) et par Paul (*Sent.* II, 21 b., § 2) qui ne s'occupent que de l'aliénation. Il faut d'autant plus se méfier des *Institutes* que l'on discutait, du temps de Gaïus, sur le point de savoir si la loi *Julia* était applicable aux fonds provinciaux. Or, si Justinien s'est trompé sur ce point, il est permis de présumer qu'il s'est trompé sur un autre. On peut, en outre, faire observer qu'à l'époque où la loi *Julia* fut promulguée, l'hypothèque était, selon toute vraisemblance, inconnue en Italie. Le débiteur qui voulait fournir à son créancier une sûreté réelle, n'avait d'autre moyen que de lui transférer la propriété d'une chose par la *mancipatio* ou l'*in jure cessio*, avec contrat de fiducie. La loi *Julia* devait donc se borner à défendre au mari l'aliénation du fonds dotal. Nous en conclurons qu'il faut rattacher la prohibition d'hypothèquer le fonds dotal, même avec le consentement de la femme, au sénatus-consulte Velléien qui défendit aux femmes d'intercéder pour autrui.

La renonciation à un rang d'hypothèque. — Cette hypothèse est prévue par la loi 17, § 1 (D., h. t.) Une femme a deux créances contre son mari : l'une ayant pour

objet la restitution de sa dot ; l'autre, le recouvrement d'une somme d'argent qu'elle lui a prêtée, et chacune d'elles est garantie par une hypothèque sur un immeuble du mari. Celui-ci fait un nouvel emprunt, et donne le fonds comme gage au créancier. La femme renonce alors à l'hypothèque qui garantit la restitution de la dot, mais ne dit rien de celle qui garantit l'autre obligation du mari envers elle. Plus tard elle invoque la seconde hypothèque, et intente contre le gagiste l'action Servienne. Le défendeur a contre elle l'exception *si non voluntate ejus pignus datum esset*, parce qu'en consentant à la constitution du gage, elle a par cela même implicitement renoncé à son rang d'hypothèque. Mais la femme aura la réplique du sénatus-consulte Velléien, à moins que le créancier n'ait ignoré la seconde hypothèque. La réplique pourrait donc être invoquée, si le créancier avait agi en connaissance de cause ; il en résulte que la renonciation de la femme à son rang d'hypothèque constitue une véritable intercession.

Mais, dira-t-on, pourquoi le législateur romain permettait-il à la femme la remise de l'hypothèque au profit de son débiteur (nous l'avons vu tout à l'heure), et, au contraire, lui défendait-il d'en faire l'abandon au profit d'un tiers ? C'est que la femme, par l'abandon de son hypothèque, saisit assurément l'importance de son acte, tandis qu'en renonçant à son rang, elle peut se faire illusion et croire qu'il lui reste encore une sûreté suffisante.

La Procuratio ad agendum. — Le *Procurator* ne représentant pas le *dominus litis*, doit donner la caution *de rato* pour éviter au défendeur d'être poursuivi de rechef, pour la même cause, par le *dominus*. La femme

procuratrix intercède donc, et sera protégée par le sénatus-consulte.

L'engagement contracté par la femme de garantir l'héritier contre l'insolvabilité des débiteurs héréditaires. — Dans ce cas, la femme contracte une *fidejussio indemnitatis* qui donne lieu à l'application du Velléien.

La dette solidaire, dans certains cas. — Lorsque la femme s'oblige solidairement avec un tiers, dans l'intérêt exclusif de ce dernier, il y a *intercessio*, et par suite son engagement se trouve paralysé par le sénatus-consulte Velléien. Mais parfois, en contractant une dette solidaire, la femme fait aussi sa propre affaire ; dans ce cas, l'obligation sera valable. Nous donnerons plus loin une explication plus développée de cette hypothèse.

SECTION II.

2e HYPOTHÈSE. — SUSCIPIT NOVAM OBLIGATIONEM.

On a vu dans le texte même du sénatus-consulte qu'il prohibait les *mutui dationes*. Cela fait allusion au cas ci-après : il faut supposer qu'une femme emprunte en apparence pour elle-même, et en réalité pour un tiers ; autrement dit, la femme s'interpose entre le créancier et une personne qui voulait emprunter à ce créancier. Remarquons que si le créancier était de bonne fois, s'il ignorait l'intention de la femme d'intercéder pour autrui en empruntant, le sénatus-consulte ne pourrait lui être opposé. Sans quoi, « nemo cum feminis contrahet » (l. 11, D., h. t.). Aussi l'opération ne devient une *intercessio* que par la collusion du créancier, dont la bonne ou la mauvaise foi sera prise en considération pour

l'application du sénatus-consulte. Cette espèce ne doit pas être confondue avec le cas où la femme emprunterait de l'argent avec intention préméditée de le consacrer à l'usage d'un tiers, quand ce tiers n'a jamais eu lui-même l'intention de contracter *mutuum*.

CHAPITRE III.

DES CONDITIONS DE FONDS NÉCESSAIRES POUR QU'IL Y AIT INTERCESSION.

Nous avons déterminé, dans le chapitre précédent, les deux genres d'obligations que le Velléien défendait à la femme : l'*intercessio* proprement dite et la *mutui datio*. Confondant ensemble tous les cas où il y a *intercessio*, nous passerons maintenant à l'examen des conditions qu'un acte doit contenir pour tomber sous le coup du sénatus-consulte. Elles sont au nombre de quatre :

1° La femme doit s'obliger.

2° Elle doit s'obliger pour autrui.

3° Elle doit s'obliger pour un tiers auprès d'un tiers.

4° Elle doit s'obliger pour autrui, dans l'intérêt d'autrui et non pas dans son intérêt personnel.

1re condition. — La femme doit s'obliger.

Il faut que la femme oblige sa personne ou ses biens, sans quoi elle ne serait pas protégée par le Velléien. Elle peut donc faire tous les actes par lesquels son patrimoine se trouve diminué. La raison en est que, dans ce dernier cas, la femme apercoit facilement l'importance de l'acte qu'elle accomplit, tandis qu'en s'obligeant elle peut espé-

rer à tort que le principal débiteur s'acquittera de sa dette. En conséquence, nous admettrons la femme à faire une donation. La loi 4, § 1, D., XVI, 1 nous dit en effet : « Senatus enim obligatæ mulieri succurrere voluit, non donanti : hoc ideo quia facilius mulier se obligat, quam alicui donat. » Elle pourra également payer la dette d'un tiers, emprunter une somme pour faire ce paiement, faire une *datio in solutum*, vendre sa chose pour se procurer l'argent nécessaire, déléguer son acheteur au créancier ; dans tous ces cas, il n'y aura pas lieu à l'application du sénatus-consulte. Nous avons à l'appui de ce dire deux textes : le premier, d'Ulpien, l. 4, § 1, D., h. t., qui s'exprime ainsi : « Proinde si dum vult Titio donatum, accepit a me mutuam pecuniam, et eam Titio donavit, cessat senatus-consultum. Sed et si tibi donatura creditori tuo nummos numeraverit, non intercedit ; » le second de Gaïus, l. 5, D., h. t., ainsi conçu : « Nec interest pecuniam solvendi causa numeret, an quamlibet suam rem in solutum det : nam etsi vendiderit rem suam, sive pretium acceptum pro alio solvit, sive emptorem delegavit creditori alieno, non puto sénatus-consulto locum esse. »

La femme peut donc déléguer son acheteur au créancier d'autrui, sans qu'il y ait *intercessio* (l. 5). Cependant, la loi 32, § 2, D., h. t., semble être en contradiction avec ce dernier texte. Voici l'hypothèse qu'elle prévoit : une femme a vendu un fonds de terre au créancier de son mari, afin qu'il le libère. Peu importe que l'acheteur soit le créancier du mari ou toute autre personne. Plus tard, la femme revendique l'immeuble contre son acheteur ; celui-ci oppose l'exception *rei venditæ et traditæ* que la femme combat par la réplique *aut si ea venditio contra*

senatus-consultum facta sit. La contradiction n'est qu'apparente. Pomponius, dit-on, suppose que la vente a été la conséquence d'une *intercessio* préexistante; la femme a vendu pour se libérer d'une obligation résultant d'une *intercessio* antérieure. Or, la loi 1, C., IV, 29, dit que le sénatus-consulte cesse de s'appliquer dans les cas seulement où la femme fait un paiement, une *datio in solutum*, ou une délégation, sans être obligée par avance : « Mulieribus quidem quæ alienam obligationem suscipiunt, vel in se transferunt, si id contrahentes non ignorent, senatusconsulto subvenitur. Sed si pro aliis, cum obligatæ non essent, pecuniam solverint, intercessione cessante, repetitio nulla est. » Les lois 8, § 3, D., et 9, C., h. t., disent également que le paiement ou la délégation ne sont pas valables s'ils ont été faits en vertu d'une obligation antérieure : « Interdum intercedenti mulieri et condictio competit, puta si contra senatus-consultum obligata, debitorem suum delegaverit » (l. 8, § 3, D., h. t.); » quamvis mulier pro alio solvere possit, tamen si, præcedente obligatione, quam senatus-consultum de intercessionibus efficacem esse non sinit, solutionem fecerit, ejus senatus-consulti beneficio munitam se ignorans, locum habet repetitio. » (l. 9, C., h. t.).

Ainsi donc, la femme peut faire une délégation, à la condition que cette délégation n'ait pas pour origine une obligation contractée antérieurement.

Elle peut également faire une remise de gage; la loi 8, pr. D., h. t. dit en effet : « redditionem pignoris... non esse intercessionem. » La loi 17, § 1, D., h. t. semble à première vue contredire la loi 8; il n'en est rien. Ces deux lois visent une espèce différente. La loi 8 vise une remise de gage pure et simple; l'hypothèse de la loi 17

est plus compliquée. Elle suppose une femme ayant reçu de son mari un fonds de terre pour assurer la restitution de sa dot, et de plus une créance contre lui résultant d'un prêt d'argent. Le mari voulant faire de nouveau un emprunt, et n'ayant pas d'immeubles à donner en gage, le créancier a soin de faire restituer à la femme ce qui lui est dû *dotis nomine* et reçoit le dit fonds en gage, pour garantir sa propre créance. Il ignore que l'immeuble est affecté à la sûreté de la créance de la femme résultant du prêt d'argent. La femme exerce contre lui l'action Servienne en raison de sa créance : le créancier lui oppose l'exception tirée de la convention de gage à laquelle elle a pris part, *si non voluntate ejus pignus datum esset.* La femme ne pourra pas répliquer par le Velléien, attendu qu'elle a cherché à tromper le créancier en gardant le silence sur sa créance. Il y a là une véritable *intercessio*, puisque si on refuse la réplique à la femme, c'est sa mauvaise foi seule qui en est la cause. Nous avions donc raison de dire que la loi 17 ne ressemble en rien à la loi 8. Dans la loi 8, la femme renonce à son gage, ce qui n'est pas contraire au sénatus-consulte ; dans la loi 17, elle consent à ce que son droit de gage sur le fonds soit primé par celui d'un autre créancier ; autrement dit, elle fait un *pactum de postponendo.* C'est donc bien une *intercessio.*

2e condition. — La femme doit s'obliger pour autrui.

Peu importe la qualité du débiteur au profit de qui la femme intervient ; le sénatus-consulte ne distingue pas si c'est en faveur d'un homme ou d'une femme, d'un parent ou d'un étranger. La loi 2, § 5, D, XVI, 1, confirme ce

que nous avançons. « Sed et si mulier defensor alicujus exstiterit, dit Ulpien, proculdubio intercedit; suscipit enim in se alienam obligationem, quippe cum ex hac re subeat condemnationem: proinde neque maritum, neque filium, neque patrem permittitur mulieri defendere. » Néanmoins nous avons déjà vu que certains adoucissements étaient apportés à ce principe. C'est ainsi que la loi 41, D, III, 3, nous dit: « Fæminas pro parentibus agere interdum permittitur causa cognita: si forte parentes morbus, aut ætas impediat, nec quemquam qui agat, habeant. » La femme peut donc représenter en justice ses parents malades ou trop âgés.

Quelquefois la femme usera d'un subterfuge. Afin d'éluder le sénatus-consulte, elle contractera soi-disant pour elle-même, mais en réalité pour un autre. C'est l'hypothèse de la *mutui datio*. Si le créancier est de mauvaise foi, s'il a su que la femme voulait s'obliger pour un tiers, l'exception du Velléien pourra lui être opposée (l. l. 11 et 12, D, h. t.) Mais si la femme emprunte avec intention d'employer la somme à l'usage de son mari, elle n'aura pas le bénéfice du sénatus-consulte, quand même le créancier aurait connu son dessein. En effet, elle n'a pas pris à sa charge une obligation étrangère, puisque son mari ne pensait pas à emprunter. Elle n'a pas intercédé (l. 13, C, h. t.)

Voici encore un exemple d'*intercessio* qui nous est donné par la loi 6, § 1, C., h. t. On suppose qu'une femme a promis d'indemniser un tuteur qui veut se faire excuser de la tutelle, par crainte de ne pas se couvrir des frais de son administration, au moyen de l'action *tutelæ contraria* qu'il a contre son pupille. Quand le tuteur voudra recourir contre le femme, celle-ci pourra le repousser par

l'exception du sénatus-consulte, car l'obligation dont elle s'est chargée est bien celle d'un tiers, à savoir l'obligation du pupille.

Par contre, il n'y aurait pas lieu de donner à la femme le bénéfice du Velléien dans l'hypothèse de la loi 15, D, h. t. : « Si mulieri solvero id quod tibi debebam, et ab ea ratam rem te habiturum stipulatus fuero, et forte, te ratu non habente, agere ex stipulatu instituero : exceptio senatus-consulti quod de intercessionibus feminarum factum est, non proderit mulieri. Non enim videri potest alienam obligationem recusare, cum maneam debito obligatus, et ipsa de lucro agat : ac potius reddere cogatur, quod non debitum acceperat, quam pro alio solvere. »

Nous avons jusqu'à présent supposé que la femme s'obligeait seule, mais elle peut également contracter une une obligation solidaire, et réaliser ainsi une *intercessio*. Nous en verrons tout à l'heure des exemples.

3° *Condition. — Elle doit s'obliger pour un tiers auprès d'un tiers.*

Il faut, avons-nous dit, dans toute *intercessio*, rencontrer un débiteur en faveur duquel la femme intervient, et une autre personne envers laquelle elle contracte une obligation. Il n'y aurait pas d'*intercessio*, si elle s'engageait pour une personne vis-à-vis de cette même personne : c'est ce que nous disent plusieurs textes.

1° Titius, héritier institué par un homme qui durant sa vie gérait une tutelle, hésite à faire adition, pensant que la tutelle a été mal gérée, et craignant les actions qui pourraient être intentées contre lui par le pupille, par

suite de cette mauvaise gestion. La mère du pupille intervient et promet à Titius, par stipulation, de l'indemniser de toute la perte que pourrait lui causer l'action *tutelæ directa*. Titius est poursuivi par le pupille et condamné à lui payer une certaine somme ; il pourra recourir contre la mère sans avoir à redouter le Velléien, car l'acte fait par elle n'est pas une *intercessio*, puisqu'elle ne s'est engagée que pour l'héritier et envers l'héritier lui-même (l. 19, pr. D, h. t.)

Il y aurait, au contraire, lieu à l'application du sénatus-consulte dans le cas de la loi 6 § 1, C., que nous avons citée plus haut. Il y a bien là *intercessio*, puisque la femme s'est engagée pour le pupille envers le tuteur, et non pour le tuteur envers le tuteur.

2° Africain, dans la loi 19, § 1, D., h. t., prévoit l'hypothèse ci-après : un ancien préteur est mort laissant deux fils, l'un impubère, l'autre tuteur légitime de son frère. Le tuteur veut user pour lui et pour son frère du bénéfice d'abstention. La veuve du défunt, mère du pupille, donne mandat au tuteur de s'immiscer pour lui, et de n'user du bénéfice d'abstention que pour le pupille. Cela fait, le pupille actionne son frère à raison du dommage que lui a causé son abstention, à lui pupille. Le tuteur est condamné. Il se retourne contre la mère du pupille, en lui disant : indemnisez-moi, selon votre promesse, des conséquences de votre mandat ! Celle-ci pourra-t-elle répondre par le Velléien ? Non, car elle s'est obligée pour le tuteur vis-à-vis du tuteur lui-même.

On peut se demander quelle perte le tuteur a subie par suite du recours exercé contre lui. Pothier suppose que le tuteur croyait l'hérédité mauvaise, tandis quelle était bonne en réalité ; aussi le pupille en a-t-il réclamé sa

part (la moitié), et c'est à ce titre que le tuteur peut recourir contre la mère. Cette interprétation nous semble défectueuse, puisque le mandat donné par la mère au tuteur, loin de lui préjudicier, l'a au contraire avantagé. En effet, il voulait s'abstenir. La mère pourra lui répondre que s'il conserve la moitié de la succession, c'est grâce au mandat qu'elle lui a donné.

Quelques auteurs ont cru qu'il s'agissait de l'hypothèse suivante : le tuteur, se considérant comme unique héritier, a laissé les débiteurs héréditaires devenir insolvables. Il sera donc obligé, à ce titre, d'indemniser le pupille qui revient contre son abstention.

Cette explication n'est guère plus satisfaisante, car la femme pourra déclarer au tuteur qu'elle s'est engagée à l'indemniser des conséquences seules du mandat qu'elle lui a donné, et non des suites de sa négligence.

3° Un tuteur se dispose à mettre en vente les *prædia urbana* de son pupille, soit pour payer ses dettes, soit par suite de l'obligation qui, jusqu'à Constantin, était imposée au tuteur de vendre les *prædia urbana* de son pupille (l. 22, C. V, 37). La mère, voulant que ces biens soient conservés, intervient auprès du tuteur, et lui promet de l'indemniser si plus tard le pupille l'actionne, pour n'avoir pas vendu ainsi qu'il le devait. Le tuteur conserve les biens ; puis, la tutelle ayant pris fin, il est actionné par son ancien pupille. Son recours contre la mère sera parfaitement efficace, car elle n'a pas intercédé, « nullam enim obligationem alienam recipisse, neque veterem, neque novam, sed ipsam fecisse hanc obligationem (l. 8, § 1, D., h. t.) Paul dit également à ce sujet « mulier quæ pro tutoribus filiorum suorum indemnitatem promisit, ad beneficium senatus-consulti non pertinet. » (*Sent.* II, 11, § 2).

Dans les trois hypothèses ci-dessus, nous ne trouvons pas les caractères de l'intercession. On les trouverait, par exemple, dans le cas prévu par la loi 19, § 4, D., h. t.) — Cette loi suppose qu'un héritier, hésitant à accepter une succession dans la crainte que les débiteurs héréditaires soient insolvables, l'accepte néanmoins, parce que la femme lui promet le recouvrement des créances de la succession. En effet, dans ce cas, la femme prend un engagement pour les débiteurs héréditaires, au profit de l'héritier.

4e *Condition. — La femme doit s'obliger pour autrui, dans l'intérêt d'autrui, et non dans son intérêt personnel.*

La quatrième condition pour qu'il y ait *intercessio* de la part de la femme, c'est qu'elle n'ait pas un intérêt personnel à s'obliger. Donc, toutes les fois qu'en s'obligeant elle a fait sa propre affaire « proprium negotium gessit », il n'y a pas *intercessio*, et le sénatus-consulte Velléien ne s'applique pas.

Notons qu'il importe peu que l'intérêt de la femme soit pécuniaire ou simplement moral. Ainsi, la femme s'est obligée pour soustraire son père aux poursuites d'un créancier : en agissant *pietatis causa* proprium negotium gessit (l. 21, § 1, D., h. t.); de même, une femme esclave a promis une somme à son maître pour être affranchie, *ob pactionem libertatis*, et a donné un *expromissor*. Après l'affranchissement, elle prend à sa charge l'obligation de l'*expromissor* : elle ne fait, au fond, que sa propre affaire, car si elle obéit à un devoir de conscience, elle se soustrait à l'action *mandati contraria* de l'*expro-*

missor (l. 13, pr. D., h. t.) La femme sera valablement obligée lorsque, ayant acheté une hérédité, elle se portera *expromissor* pour le véritable héritier. Il est, en effet, de son intérêt que le véritable héritier ne soit pas inquiété, car il se retournerait contre elle en vertu des stipulations *emptæ et venditæ hereditatis*. (l. 19, § 3, D., h. t.)

Un débiteur paye sa dette entre les mains de Prima; celle-ci n'ayant pas reçu du créancier mandat de recevoir, le débiteur exige d'elle la caution *de rato*. Le créancier ne veut pas ratifier le paiement, et le débiteur est obligé de payer une seconde fois. Prima pourra-t-elle répondre à l'action *ex stipulatu de rato* par l'exception du Velléien ? Nullement, car la femme ne s'est obligée que pour son propre compte (l. 15, D., h. t.).

Quid, si Prima s'était obligée solidairement avec Titius, pour un emprunt qu'elle aurait contracté avec lui, en vue d'une opération commune ? Il est évident que, pour sa part, la femme n'aurait pas intercédé, s'étant obligée pour son propre compte. Mais aurait-elle intercédé pour la part de Titius ? Il faut distinguer : si l'emprunt était tellement nécessaire, que le dommage à prévenir eût été, sans cet emprunt, supérieur au montant de la somme empruntée (par exemple, il s'agit d'une maison commune qui allait tomber faute d'être étayée, ou d'une terre commune qui allait être confisquée, par défaut du payement des redevances dont elle était chargée), la femme n'aura pas intercédé. En effet, l'intérêt même de la femme était de s'obliger pour Titius, et son *intercessio* ne sera pas effacée par le Velléien (l. 17, § 2, D., h. t.). Si au contraire l'emprunt a été contracté, non en vue d'une perte à éviter, mais en vue d'une spéculation à faire (comme un achat de terrains),

la femme poursuivie pour le tout, se prévaudra du Velléien pour la part de Titius.

Une femme débitrice s'oblige par délégation envers le créancier de son propre créancier ; en contractant cette obligation nouvelle, elle a pour but de se libérer de la première. Puis elle est déléguée une seconde fois par son nouveau créancier ; elle fait encore sa propre affaire. Cependant il faut qu'elle soit valablement obligée envers le délégant. Si donc nous supposons qu'un mari, dans l'intention de faire une donation à sa femme, lui vende une chose à vil prix, et la délègue à son créancier pour qu'elle lui promette le montant du prix, le sénatus-consulte fera tomber cette obligation, car la vente est nulle (l. 38, D., XVIII, 1) comme la donation elle-même, et il y a là de la part de la femme une véritable intercession (l. 17, pr. D., h. t.).

Voici une hypothèse qui a donné lieu à controverse entre les juristes romains : Primus est créancier de Secundus, Paul est créancier de Primus. Une femme vient trouver Primus et se porte *expromissor* de Secundus; puis elle va trouver Paul et libère Primus. Quel est le caractère de ces deux actes faits par la femme ? D'après l'avis de Julien, chacun de ces actes est une *intercessio*. D'après Marcellus, il faut distinguer : la libération de Secundus constituera toujours une *intercessio* de la part de la femme; quant à la libération de Primus, la solution ne doit pas être si absolue. Si c'est spontanément que la femme s'est portée *expromissor* pour Primus, il y aura *intercessio;* mais il n'en sera plus de même si la femme ne s'est obligée vis-à-vis de Paul que déléguée par Primus. La femme s'est alors obligée pour son propre compte. Elle s'est obligée vis-à-

vis de Paul, afin de se libérer elle-même de l'*expromissio* qu'elle avait contractée avec Primus pour Secundus; c'est pourquoi elle n'aura plus l'exception du Velléien (l. 8, § 2, D., h. t.) Seulement, ajoute le jurisconsulte, la femme pourra se retourner contre Primus, et lui dire : Si je me suis obligée vis-à-vis de Paul, c'était afin de me libérer de l'*expromissio* que j'avais faite avec vous. Or, cette *expromissio* était nulle, c'est pourquoi je vous poursuis par la *condictio sine causa*, et je vous demande de me rembourser ce que j'ai payé à Paul, ou (si la femme n'a pas encore payé) d'en obtenir ma libération (l. 8, § 2, D., h. t.)

Papinien, dans la loi 1, § 4, D., XX, 1, nous offre un autre exemple de notre règle : Seïa fait donation à son mari d'un fonds que celui-ci donne aussitôt en gage, comme sien, à l'un de ses créanciers ; les époux viennent à divorcer ; la femme revendique son immeuble et obtient gain de cause, puisque la donation était nulle comme faite pendant le mariage. Le mari avait fait sur le fonds des dépenses qui en ont augmenté la valeur ; la femme, en revendiquant, est obligée de lui rembourser ses dépenses jusqu'à concurrence de la plus-value, et déduction faite des fruits perçus avant la *litis contestatio*, sous peine d'être repoussée par l'exception de dol. Rentrée en possession de son fonds, elle le constitue elle-même en gage pour la sûreté d'une dette de son ancien mari. Papinien décide que ce gage ne sera valable que jusqu'à concurrence de la somme que Seïa devait à son mari, car la femme est débitrice de son mari jusqu'à concurrence de cette somme, et elle a pu, en cette qualité et, en quelque sorte, comme déléguée par lui, constituer dans les mêmes limites un gage valable, « in ea quantitate

proprium mulier negotium gessisse, non alienum suscepisse videtur », dit le jurisconsulte. Mais pour ce qui dépasse le montant de la dette, elle a constitué un gage dans l'intérêt d'autrui; on appliquera donc le sénatus-consulte Velléien.

CHAPITRE IV.

DES EXCEPTIONS AU SÉNATUS-CONSULTE VELLÉIEN.

Quelque générale que soit l'application du sénatus-consulte Velléien, elle souffre néanmoins plusieurs exceptions. Ces exceptions sont fondées soit sur un privilège spécial au créancier, soit sur l'erreur invincible dans laquelle il s'est trouvé, soit sur le motif de l'*intercessio*, soit enfin sur le fait de la femme.

I. — *Privilège spécial au créancier.* — Lorsque le créancier envers lequel la femme a intercédé est un mineur de vingt-cinq ans, on se trouve en présence de deux incapacités qu'il faut protéger. En principe, la femme sera préférée au mineur et on appliquera le sénatus-consulte. Cela est juste, car le mineur n'aura pas à en souffrir, si le débiteur primitif est solvable. En effet, de deux choses l'une: ou la femme s'est obligée comme caution, ou elle s'est obligée au lieu et place du premier débiteur. Si elle s'est obligée comme caution, le mineur s'adressera au débiteur principal qui le paiera. Si, au contraire, elle s'est obligée au lieu et place du débiteur, le mineur, devant l'exception du sénatus-consulte, se fera restituer *in integrum*, et recouvrera de cette manière sa première créance. Il n'en serait plus de même si le débiteur primitif était insolvable. Si l'on

donnait l'exception du sénatus-consulte à la femme, le mineur serait alors lésé. Aussi préfère-t-on son intérêt à celui de la femme, et celle-ci ne pourra pas se prévaloir de son incapacité contre lui. (l. 12, D., IV, 4).

II. — *Erreur du créancier.* — Le sénatus-consulte ne peut pas être opposé à un créancier de bonne foi, c'est-à-dire qui a ignoré qu'il y eut dans l'acte une intercession prohibée. Cependant il faut que l'erreur du créancier soit excusable, sans quoi elle ne le protégerait pas. Le cas le plus ordinaire où l'erreur du créancier sera excusable est celui où la femme emprunte en apparence pour elle-même, mais en réalité dans l'intérêt d'un tiers, pour lui prêter la somme qu'elle aura reçue en *mutuum*. Le plus souvent le créancier croira que la femme s'engage pour son propre compte ; il lui sera difficile, en effet, de pressentir son intention, et de suivre l'emploi de la somme prêtée. Cette exception au sénatus-consulte a été introduite dans l'intérêt même de la femme, avec laquelle nul, sans cela, ne voudrait contracter, « alioquin nemo cum feminis contrahet, » (l. 11, D., h. t.) Mais, si en fait le créancier a su que la femme intercédait, le sénatus-consulte reprendra sa force, « immo tunc locus est senatus-consulto, cum scit creditor eam intercedere. » (l. 12, D., h. t.)

Citons encore quelques hypothèses. — Le *procurator ad defendendum* est obligé de donner la caution *judicatum solvi*, qu'il s'agisse d'action réelle ou personnelle, avec garantie de fidéjusseurs. Si les fidéjusseurs s'obligent en exécution d'un mandat que leur donne la femme, ils seront repoussés quand ils intenteront contre elle l'action *mandati contraria*, car ils ne peuvent

prétexter une ignorance de fait; ils ont su qu'en leur donnant mandat, la femme intercédait. Ils pourront donc seulement intenter contre le *procurator* une action *negotiorum gestorum contraria.* Mais pourront-ils, lorsque le créancier les poursuivra, par cela seul que la la femme a intercédé, invoquer de son chef l'exception du sénatus-consulte Velléien? Si le créancier a connu le mandat de la femme, l'affirmative ne fait pas de doute. Dans le cas contraire, ils ne pourront pas. (l. l. 6 et 7, D., h. t.)

Lorsqu'une femme se laisse déléguer comme étant débitrice du déléguant, alors qu'elle ne l'est pas, la bonne foi du créancier ne le mettra pas à l'abri du sénatus-consulte. Son erreur est inexcusable. Il aurait dû, en effet, s'informer si cette prétendue dette de la femme existait réellement, l'opération elle-même aurait dû éveiller sa défiance (l. 17, pr., D, h. t.), et son ignorance sur l'existence d'une intercession ne suffira pas pour le protéger.

III. — *Motifs de l'intercession.* — Le sénatus-consulte cesse de s'appliquer : 1° Lorsque la femme a intercédé *pro dote*, c'est-à-dire lorsqu'elle s'est obligée ou qu'elle a emprunté pour fournir une dot. La loi 32 § 2, D., XII, 6, montre que cela avait été admis de bonne heure, *pietatis causâ*, lorsqu'il s'agissait d'une mère s'obligeant pour sa fille; on considérait cette mère comme accomplissant une obligation naturelle, aussi lui défendait-on d'invoquer l'exception du sénatus-consulte Velléien. Cette règle, confirmée plus tard par le rescrit des empereurs Valérien et Gallien, qui forme la loi 12 au Code, fut généralisée par Justinien. Cet empereur décida qu'une femme serait valablement engagée en promettant une dot, même pour

une autre que pour sa fille, « pro qualibet muliere » (l. 25, C. h. t.)

2° Lorsqu'elle a intercédé *pro libertate*, c'est-à-dire lorsqu'elle s'est engagée principalement ou comme caution pour un esclave, afin que son maître lui donne la liberté. Justinien, qui se montra toujours favorable aux affranchissements, décide dans la loi 24, C. h. t. que dans cette hypothèse le principe du sénatus-consulte ne doit pas s'appliquer : « senatus-consultum Velleianum in hoc casu tacere imperantes. »

3° Lorsqu'elle intercède pour une cause pieuse; par exemple, quand elle s'oblige pour donner la sépulture à un mort (l. 14, § 7, D., XI, 7); quand elle revendique la liberté pour son mari ou un de ses cognats (l. 3, § 2 et 3, D., XL, 12); quand elle défend en justice pour ses parents malades ou trop âgés (l. 41, D., III, 3).

4° Lorsqu'une mère de famille fait nommer à ses enfants un tuteur de son choix, et se porte garant de son administration, elle est obligée quand le décret du préteur porte que le tuteur a été nommé aux risques et périls de la mère (l. 3, C. V, 46).

IV. — *Fait de la femme.* — Lorsque la femme commet un dol en intercédant, elle cesse de pouvoir invoquer le sénatus-consulte, « decipientibus mulieribus senatus-consultum auxilio non est. » Il faudrait dire également qu'il y aurait dol de sa part, par cela seul qu'elle connaîtrait le bénéfice du sénatus-consulte. C'est ce que décide la loi 30, pr., D., h. t. « vel quum sciret se non teneri. » Le dol se rencontre encore dans le cas où le mari hypothèque ou donne en gage une chose appartenant à sa femme, sans que cette dernière avertisse le

créancier qu'elle en est propriétaire, « quod si patientiam præstitisti, ut quasi suas res maritus obligaret, decipere voluisti mutuam pecuniam dantem, et ideo tibi non succurretur senatus-consulto; quo infirmitati, non calliditati mulierum consultum est. » (l. 5, C. h. t.)

La femme ne peut pas non plus se prévaloir du sénatus-consulte, quand elle succède au débiteur qu'elle a cautionné. La loi 8, § 13, D., h. t. nous apprend que, dans ce cas, la femme pourra être poursuivie, soit par une action restitutoire, soit par une action directe. « Plane si mihi proponas, mulierem veteri debitori successisse, dicendum erit restitutoria eam conveniri posse : sed et directa actione. Nihil enim ejus interest qua actione conveniatur. »

De même, une femme interrogée *in jure* sur la question de savoir si elle est ou non héritière, et qui répond affirmativement sachant qu'elle ne l'est pas, perdra le bénéfice du Velléien « quia decepit » (l. 23, D., h. t.)

La femme peut encore, par son fait, être privée du bénéfice du sénatus-consulte Velléien lorsqu'elle y a renoncé. Les textes nous indiquent plusieurs cas où cette renonciation est valable :

1^er^ *Cas.* — Si la femme qui a intercédé pour un débiteur, sachant que le créancier va le poursuivre, veut détourner de lui l'action qui le menace, elle peut s'offrir elle-même au procès. Mais le créancier, avant d'aller *in jus*, exige qu'elle s'engage par fidéjusseur à ne pas demander au magistrat d'insérer dans la formule l'exception du sénatus-consulte. La femme se prive alors valablement du bénéfice qui lui appartenait. (l. 32, § 4, D., h. t.)

2^e^ *Cas.* — A partir des empereurs Théodose, Valentinien et Arcadius, les femmes peuvent obtenir par

rescrit la tutelle de leurs descendants, à la condition de s'engager à ne pas contracter un nouveau mariage (l. 2, C. V, 35). La constitution n'exige pas expressément que la femme renonce au bénéfice du sénatus-consulte, mais celle-ci y renonce tacitement en demandant la tutelle, car lui permettre d'opposer le bénéfice du Velléien, ce serait lui enlever tout crédit aux yeux des tiers et la mettre dans l'impossibilité de gérer la tutelle. Du reste, plus tard, Justinien permit à la mère naturelle, dans le même cas que la mère légitime, d'être tutrice de ses enfants, et lui imposa expressément l'obligation de renoncer à se prévaloir du sénatus-consulte (L. 3, C. V, 35). Plus tard, également, la Novelle 118, chap. 5, étendit à la grand-mère légitime la décision des empereurs Théodose, Valentinien et Arcadius (C. V., 35).

3e *Cas.* — Justinien décide, dans la loi 22, C. h. t., que si une femme majeure, « perfectæ ætatis », renouvelle son *intercessio* au bout de deux ans, elle ne peut plus opposer le sénatus-consulte Velléien. L'empereur justifie ainsi cette décision par ces mots : « non pro aliena obligatione se illigare, sed pro sua causa aliquid agere videtur »; autrement dit, elle est censé avoir agi dans un but personnel.

La femme qui doit être « perfectæ ætatis » lors de la seconde intercession, a-t-elle dû l'être également lors de la première ? Nous croyons que cela n'importe pas, car la loi 22 nous montre que c'est la seconde intercession seulement qui oblige la femme, sans effet rétroactif, « ex secunda cautione sese obnoxiam facere. »

Voilà donc trois cas où la femme peut incontestablement renoncer au bénéfice du sénatus-consulte. Mais sont-ce là les seules hypothèses pour lesquelles la renon-

ciation est valable? Ne peut-on pas au contraire l'admettre d'une façon générale? Ne peut-on pas l'ériger en principe?

Ce point controversé a donné naissance à deux systèmes que nous allons examiner.

1er Système. — *La femme peut valablement renoncer au sénatus-consulte Velléien.* — 1° Nous savons que ce sénatus-consulte a été rendu à la fois dans l'intérêt de la femme et dans un but politique. Or, s'il est juste de dire que le législateur a voulu protéger la femme, n'y aurait-il pas exagération à vouloir la protéger contre sa propre volonté? A supposer même que le sénatus-consulte Velléien ait été créé dans un but uniquement politique, il n'en est pas moins vrai que peu à peu la jurisprudence romaine finit par le considérer comme une faveur accordée à la femme. Aussi peut-on dire avec la loi 29, C., II, 3. « Omnes licentiam habere his quæ pro se introducta sunt renuntiare. »

2° Plusieurs textes corroborent cette opinion; ce sont les lois 32, § 4, D., h. t.; 3, C. V. 35, et 23, pr. C. h. t.

Examinons d'abord la loi 32 § 4, D., h. t. — Cette loi vise l'hypothèse où la femme prend en justice la place de celui pour qui elle a intercédé; elle doit, avant de se présenter devant le magistrat, donner caution au créancier demandeur de ne pas se servir de l'exception du sénatus-consulte. Autrement dit, elle peut renoncer. Or, si elle renonce valablement dans ce cas, on en conclut qu'elle le peut également dans tous les autres. Rien dans ce texte ne fait présumer une exception à une règle générale.

On oppose à la loi 32 la loi 23, D., XLVI, 3, ainsi conçue : « Solutione vel pro nobis judicium accipiendo, et inviti et ignorantes liberari possumus. » Si, dit-on, la loi 32 permet à la femme de renoncer au sénatus-consulte,

c'est qu'en prenant en justice la défense de celui pour qui elle intercédait, elle fait la même chose que si elle payait. (L. 23). Or, le sénatus-consulte ne défendant pas à la femme de payer, pourquoi lui défendrait-il de se présenter en justice pour celui en faveur duquel elle a intercédé, et de renoncer au Velléien ?

On répond à cette objection que la loi 23 ne porte pas, attendu qu'elle ne s'occupe que d'une question de libération et non d'une intercession. Il est inadmissible que payer et défendre en justice soient la même chose, en matière d'intercession. En effet, la défense en justice de celui pour qui on a intercédé n'est autre chose qu'une *intercessio* continuée, et par conséquent toujours une *intercessio*. Or, si une renonciation faite lors d'une *intercessio* continuée est efficace, pourquoi décider autrement d'une renonciation faite dès le principe de cette même *intercessio ?*

3° Nous avons vu dans la loi 2, C. V, 35, et dans la Novelle 118 que la femme peut valablement renoncer au sénatus-consulte. D'après ces textes, la femme peut renoncer quand elle veut obtenir la tutelle de ses descendants. Si Justinien avait, dans ce cas, dérogé à une règle générale, il est vraisemblable qu'il en aurait fait la remarque ; or, rien ne nous donne à entendre, même d'une manière indirecte, que cette renonciation ait un caractère exceptionnel. Il faut donc en conclure que l'empereur a simplement appliqué dans ces textes un principe général.

4° La loi 23, pr. C. h. t. décide que si la femme a déclaré dans l'acte d'*intercessio* avoir reçu quelque chose pour intercéder, cette déclaration doit être tenue pour vraie, « omnimodo esse credendum », et que la femme ne peut se prévaloir du sénatus-consulte Velléien. Or, quand elle déclare faussement avoir reçu quelque chose,

que fait-elle sinon une véritable renonciation au sénatus-consulte ?

2e Système. — *La femme ne peut renoncer au sénatus-consulte Velléien.* — 1° La prohibition faite à la femme par le sénatus-consulte étant basée à la fois sur une idée de protection et un intérêt d'ordre public, on ne peut admettre que la femme ait pu s'arroger le droit de se soustraire au Velléien. A ceux qui nous opposent la loi 29, *de pactis*, C. II, 3 : « Omnes licentiam habere his quæ pro se introducta sunt renuntiare », nous répliquerons par la loi 6 du même titre : « Pacta quæ contra leges constitutionesque, vel contra bonos mores fiunt, nullam vim habere indubitati juris est. »

2° Permettre aux femmes de renoncer à la protection qui leur est offerte par le législateur, c'est battre en brèche le système du sénatus-consulte. En effet, si on admettait cette opinion, la prohibition du Velléien eût été éludée avec la plus grande facilité, car avant d'accepter la femme comme intercédante, le créancier n'eût pas manqué d'exiger d'elle une renonciation à la protection du sénatus-consulte, renonciation qui fut devenue de style.

Mais, dit-on, le Velléien est une faveur accordée aux femmes ; elles ont donc la faculté d'y renoncer ! Nullement, car cette faveur repose sur un *vitium personnæ*, et la femme ne peut pas plus y renoncer que le mineur peut renoncer aux garanties dont la loi entoure son inexpérience. D'ailleurs, nous le répétons, le sénat considérait l'*intercessio* comme un *virile officium* (l. 2, § 1, D., h. t.; l. 1, § 5, D., III, 1); comment donc la femme aurait-elle pu s'attribuer des fonctions qui lui sont refusées d'une manière si positive ?

3° Quant à la loi 32, nous la réfuterons de la manière suivante. D'après ce texte, la femme renonce valablement au Velléien lorsqu'elle prend en justice la défense de celui pour qui elle a intercédé, et s'expose à une condamnation éventuelle. Il n'y a point là une application d'une règle générale, mais au contraire une exception au principe qui défend à la femme de renoncer au bénéfice du Velléien. En effet, du moment qu'on admet que la femme peut payer (l. 4. *in fine*, C., h. t.), il faut nécessairement lui permettre d'intervenir en justice pour le débiteur, puisque cette intervention est considérée comme un payement que tout le monde peut faire, même malgré le débiteur. Seulement, il faut que le demandeur soit sûr du payement, et c'est pourquoi la femme ne peut défendre en justice qu'après s'être engagée à renoncer au sénatus-consulte, au cas où elle serait condamnée.

Les adversaires de ce système déclarent qu'on ne peut assimiler le payement à la *defensio pro alio*, et opposent à l'appui la loi 2, § 5, D., h. t. qui dit que « prendre la défense d'autrui, c'est s'obliger pour autrui. » On peut, il est vrai, admettre une *intercessio* dans la *defensio pro alio*, telle que la loi 2 la suppose; mais il nous semble difficile de ne voir autre chose qu'un payement dans l'hypothèse de la loi 32, §4, c'est-à-dire lorsque la *defensio pro alio* a lieu à la suite d'une *intercessio* préexistante. D'ailleurs, quand même on admettrait que la loi 32 ne vise qu'une *intercessio* continuée, il n'en résulterait pas que la renonciation faite *ab initio* dût produire le même effet. Dans cette dernière hypothèse, comment supposer que la femme serait capable de prévoir les conséquences de sa renonciation plutôt que celles de l'acte qui en fait l'objet. Dans la première, au contraire,

la femme semble avoir réfléchi plus sérieusement : la manifestation de volonté qui constitue sa renonciation fait présumer qu'elle a eu un intérêt quelconque à intercéder. On peut enfin faire observer que si, dans cette renonciation solennelle, la femme doit garantir par une caution qu'elle sacrifie son privilège, c'est qu'en principe elle ne peut pas renoncer. Autrement, à quoi bon la caution ? (Gide, *de la condition privée de la femme*, p. 163).

4° Restent la loi 3, *quando mulier tut. off.*, C. V, 35, et la Novelle 118. Il nous sera plus aisé de les combattre. Que la femme puisse, dans le cas prévu par ces textes, renoncer à son privilège, cela ne fait pas de doute. Mais on ne peut en conclure qu'une telle renonciation soit toujours permise.

5° Enfin nous répondrons à l'argument tiré de la loi 23, que si la femme, pour échapper au Velléien, est obligée de faire une fausse déclaration, c'est qu'assurément elle ne peut faire une renonciation pure et simple et sans détours.

Quant à nous, nous considérons le système ci-dessus exposé comme le seul vraisemblable. C'est celui qu'adoptent généralement les romanistes allemands, tels que Glück, Koch, Wennig, Göschen; toutefois, Puchta est d'avis contraire. Nous dirons donc, pour clore la discussion, que, sauf exceptions, *la femme ne peut pas renoncer au sénatus-consulte Velléien*, tout en faisant observer que la jurisprudence tendit de plus en plus à éluder la défense du sénat. — Soutenir le contraire, c'est prétendre que Justinien s'est montré moins libéral que l'ancien droit, en ce qui regarde la renonciation de la femme, puisqu'il ne lui permet de renoncer qu'au bout de deux ans. Rien ne

nous autorise à le croire, surtout si l'on fait attention au caractère essentiellement novateur de cet empereur. (Accarias, *Précis de droit romain*, t. II, p. 389)

CHAPITRE V.

DES EFFETS DU SÉNATUS-CONSULTE VELLÉIEN.

L'effet du sénatus-consulte est de libérer complètement la femme de son obligation, et de permettre au créancier de se retourner contre le débiteur primitif, armé d'une action que les textes appellent indifféremment « *pristina actio* » (l. 8, § 7, D., h. t.), « *restitutoria actio* » (l. 8, §§ 9, 12, 13; l. 13, § 2, D., h. t.; l. 8, C. h. t.) ou « *actio utilis* » (l. 8, § 8, D., h. t.) Nous étudierons plus loin le caractère de cette action; pour le moment, examinons les conséquences de l'intercession de la femme. Nous diviserons ce chapitre en deux sections : dans la première section, nous envisagerons les effets du Velléien par rapport à la femme et à ceux qui peuvent invoquer, de son chef, le bénéfice du sénatus-consulte; dans la seconde, nous en verrons les effets par rapport aux créanciers.

SECTION I.

DES EFFETS DU SÉNATUS-CONSULTE PAR RAPPORT A LA FEMME, ET A CEUX QUI PEUVENT S'EN PRÉVALOIR DE SON CHEF.

Ces effets se résument dans le refus d'une action au créancier, dans la concession faite à la femme ou à ses ayants-cause d'une exception, réplique ou duplique, dans la *condictio indebiti*, ou la revendication.

Remarquons toutefois que les différents droits que le sénatus-consulte présente à la femme sont facultatifs. La femme est donc complètement libre de ne pas se soustraire à l'action, de ne pas opposer l'exception, la réplique ou la duplique, de ne pas exercer la *condictio indebiti* ou la revendication. C'est ce que nous voyons dans la loi 31, D., h. t. ainsi conçue : « Si mulier, quod ex intercessione solvit, nolit repetere, sed mandati agere, et cavere velit de indemnitate reo, audienda est. » La femme peut donc, au lieu d'opposer au créancier la nullité de son *intercessio*, se faire rembourser par le débiteur ce qu'elle a payé, au moyen de l'action *mandati ;* mais, fait remarquer le texte, elle devra garantir le débiteur par une caution « cavere de indemnitate reo », pour le cas où le créancier exercerait contre lui l'action restitutoire ; sans quoi la femme, après avoir actionné le débiteur, pourrait se prévaloir de la nullité de son *intercessio* auprès du créancier, et toucher une seconde fois, fraude que le législateur a voulu empêcher.

I. — *Du refus d'action.* — « Ne eo nomine ab his petitio, nec in eas actio detur », avait dit le sénat. Le texte du sénatus-consulte veut donc qu'il ne soit donné contre la femme, ni action réelle *(petitio)*, ni action personnelle. Le refus d'action suppose nécessairement qu'il n'y a aucun doute sur l'existence de l'*intercessio ;* par conséquent, si le créancier, en demandant au magistrat de lui délivrer une action contre la femme, reconnaît qu'elle a intercédé, l'action lui sera refusée.

II. — *De l'exception du sénatus-consulte Velléien ; de la réplique ou duplique. Dans quel cas elle se donne.* —

Le plus souvent le créancier se gardera de reconnaître l'*intercessio* de la femme. Aussi, toutes les fois qu'il y aura contestation entre la femme et le créancier, sur la question de savoir si l'acte de la femme n'est pas une violation du sénatus-consulte, le préteur donnera au demandeur l'action résultant du contrat intervenu, mais en ayant soin qu'une exception soit insérée. Cette exception, dont la teneur ne nous est pas connue, devait, selon toute vraisemblance, être formulée ainsi qu'il suit : « *Si in ea re nihil contra senatus-consultum Velleianum factum sit.* »

Lorsque l'exception du sénatus-consulte Velléien se présente sous la forme d'une exception à une autre exception, elle prend le nom de réplique (l. 2 § 1, D., XLIV, 1.) Nos textes nous fournissent des exemples de répliques : 1° la femme a constitué un gage pour la sûreté de la dette d'autrui ; elle le revendique contre le créancier gagiste ; si ce dernier lui oppose l'exception tirée de la constitution du gage « *si non voluntate ejus pignus datum esset,* » elle lui répondra par la *replicatio sénatus-consulti Velleiani* (l. 17, § 1, D., h. t.) — 2° Une femme a vendu et livré un fonds lui appartenant, sous la condition que l'acheteur retiendra le prix en acquit de la dette du mari ; plus tard, regrettant son opération, elle veut revendiquer le fonds. L'acheteur lui opposera l'exception *rei venditæ et traditæ*, mais elle y répondra par la réplique « *aut si ea venditio contra senatus-consultum facta sit* » (l. 32, § 2, D., h. t.)

Quant à la duplique, ce n'est qu'une réplique opposée à une autre réplique. Nous n'insisterons pas davantage.

Ses caractères. — L'exception du sénatus-consulte Velléien est perpétuelle et *rei cohærens*

1° *Elle est perpétuelle.* — Une exception est dite perpétuelle, lorsqu'elle permet de repousser l'action à quelque époque qu'on l'intente. Notre exception, sous ce rapport, a un caractère particulier, en ce sens qu'à la différence des autres exceptions perpétuelles, elle peut-être invoquée même après que le jugement est intervenu et passé en face de chose jugée.

En effet, en droit commun, lorsqu'on a oublié de faire insérer une exception perpétuelle dans la formule, on peut, au moyen de la *restitutio in integrum*, obtenir une nouvelle formule dans laquelle l'exception omise sera insérée, mais il faut avoir soin d'agir avant la condamnation. Passé ce temps, l'action *judicati* produit tout son effet. L'exception du sénatus-consulte, au contraire, peut être opposée même après la condamnation et repousser l'action *judicati*.

2° Elle est *rei cohœrens*.—C'est-à-dire attachée à la chose et non à la personne (l. 7, § 1, XLIV, 1). Cela signifie, dit Donneau, qu'elle n'est pas donnée aux femmes parce qu'elles sont femmes, mais bien parce qu'elles ont intercédé. « Non datur exceptio mulieribus quia mulieres sunt, sed ob hanc rem quia intercesserunt » (L. XII, chap. XXV, § 3).

De ceux qui peuvent s'en prévaloir. — De ce que notre exception est *rei cohœrens*, il s'ensuit que non-seulement la femme, mais encore tous ceux qui sont obligés par suite de l'*intercessio*, peuvent s'en prévaloir.

Ainsi, peuvent invoquer le bénéfice de l'exception du sénatus-consulte :

1° Les héritiers de la femme (l. 20, C., h. t.)

2° Les mandataires de la femme (l. l. 30, § 1, D., h. t. et 15, C., h. t.)

3° Les fidéjusseurs de la femme. — Ces derniers pourront opposer l'exception, non-seulement lorsqu'ayant agi comme mandataires, ils ont un recours contre la femme par l'action *mandati contraria*, mais encore lorsqu'ayant voulu faire une libéralité, ils ne peuvent recourir contre elle. C'est ce que nous dit la loi 16, § 1, D., XVI, 1 : « Si ab muliere, quæ contra senatus-consultum intercessisset, fidejussorem accepissem, Gaïus-Cassius respondit, ita demum fidejussori exceptionem dandam, si a muliere rogatus fuisset. Julianus recte putat fidejussori exceptionem dandam etiamsi mandati actionem adversus mulierem non habet, quia totam obligationem senatus improbat... » Il y avait donc divergence entre Gaïus-Cassius et Julien. Le premier n'accordait l'exception à la caution que si elle avait un droit de recours contre la femme ; le second, dont l'opinion a prévalu, l'admettait alors même que la caution s'était obligée *animo donandi*. On explique cette différence par la raison que Gaïus-Cassius assimilait les effets du sénatus-consulte Velléien à ceux du sénatus-consulte Macédonien : « Non solum filiofamilias et patri ejus succurritur, dit Ulpien, verum fidejussori quoque et mandatori ejus, quia et ipsi mandati habent regressum nisi forte animo donandi intercesserunt. Tunc enim cum nullum regressum habeant, senatus-consultum locum non habebit. » (l. 9, § 3, D., XIV, 6). Cette analogie avait été repoussée par Julien, car le Velléien différait du Macédonien en ce qu'il ne laissait pas même subsister d'obligation naturelle : la fidéjussion ne pouvait donc pas se soutenir. C'est pourquoi Julien décidait que l'exception du sénatus-consulte serait, en tous cas, opposable par le fidéjusseur « quia totam obligationem senatus-improbat. »

4° Le tiers qui a hypothèqué sa chose à la sûreté de l'*intercessio* de la femme (l. 2, D., XX, 3).

5° Le délégué de la femme qui n'était pas véritablement son débiteur (l. 8, §§ 4 et 6, D., h. t.)

6° Le fidéjusseur du débiteur principal. — Il faut qu'il soit intervenu sur le mandat de la femme, et que le créancier ait su que le fidéjusseur était mandataire de la femme, autrement dit qu'il ait été de mauvaise foi (l. l. 6, 30, § 1, et 32, § 3, D., h. t.) Ces deux conditions sont indispensables. Si le créancier avait ignoré le mandat de la femme, s'il avait été de bonne foi, Pomponius déclare (l. 32, § 3, D., h. t.) que le fidéjusseur sera tenu envers lui. Ulpien nous dit également dans la loi 6, que le créancier pourrait combattre l'exception du sénatus-consulte que lui opposerait le fidéjusseur par la réplique de dol. Ce dernier n'aurait pas de recours contre la femme « quia facti non potest ignorantiam prætendere; » mais Papinien vient à son secours en lui donnant contre le débiteur une action *negotiorum gestorum* (l. 7, D., h. t.): « Sed non erit iniquum dari negotiorum gestorum actionem in defensorem: quia mandati causa per senatus-consultum constituitur irrita, et pecunia fidejussoris liberatur. »

7° Le tiers de bonne foi qui, sans être le débiteur de la femme, mais ayant reçu d'elle, avec promesse de remboursement, mandat de payer un créancier, s'est obligé à lui compter la somme, lorsque d'ailleurs ce créancier avait repoussé l'intercession de la femme (l. 19, § 5, D., h. t.)

De ceux auxquels elle est opposable. — Elle est opposable à tous ceux qui agissent en vertu de l'*intercessio* de la femme, au créancier, au mandataire et au fidéjusseur de la femme, qui voudraient recourir contre elle, soit par

l'action *mandati* ou *negotiorum gestorum*, soit par l'action *ex stipulatu* (l. l. 7, 32 § 3, 19 § 5, D., h. t.), après avoir eux-mêmes contracté vis-à-vis du créancier un engagement pour assurer l'efficacité de l'*intercessio*.

III. — *De la condictio indebiti*. — Ce moyen de défense ne se présente que lorsque la femme a payé ce à quoi elle s'était obligée, en intercédant. On conçoit que l'exception et la réplique ne lui sont plus d'aucune utilité. Il faut de plus que la femme ait payé dans l'ignorance du sénatus-consulte qui lui donnait une exception perpétuelle. Si donc elle paie volontairement, sachant qu'elle est libre de ne pas le faire, elle ne pourra pas exercer la *condictio indebiti*, puisque cet acte équivaut à une donation : « Indebitum solutum sciens non recte repetit » (l. 9, C. IV, 5). Mais si elle paie se croyant obligée, comme il y a erreur de sa part, la *condictio indebiti* lui sera accordée. C'est ce que décident la loi 26 § 3, D., XII, 6 : « Indebitum autem solutum accipimus, non solum si omnino non debetur, sed et si per aliquam exceptionem perpetuam peti non poterat, quare hoc quoque repeti poterit ; nisi sciens se tutum exceptione solvit ; » et la loi 40, D., XII, 6 : « qui exceptionem perpetuam habet, solutum per errorem repetere potest. » Peu importe que la femme ait payé par suite d'une erreur de droit ou d'une erreur de fait, car les textes nous montrent qu'elle peut se prévaloir de l'erreur de droit : « Error facti ne maribus quidem in damnis vel compendiis obest ; juris autem error nec feminis in compendiis prodest, ceterum omnibus juris error in damnis amittendæ rei non nocet. » (l. 8, D., XXII, 6).

La femme peut encore exercer la *condictio indebiti*,

quand, au lieu de payer, elle a délégué son débiteur au créancier, « solvit enim qui reum delegat », dit Ulpien (l. 8, § 3, D., h. t.)

IV. — *De la revendication.* — A côté de la *condictio indebiti*, la femme a de plus le droit de revendiquer, lorsque, pour accomplir son obligation, elle a vendu ou livré sa chose, ou si elle l'a grevée d'un droit de gage ou d'hypothèque. Le § 1 de la loi 32 nous en donne un exemple : « Si mulier rem a se pignori datam per intercessionem recipere velit, fructus etiam liberos recipit, et si res deterior acta fuerit, eo nomine magis æstimetur. Sed si creditor, qui pignus per intercessionem acceperit, hoc alii vendidit, vera est eorum opinio, qui petitionem dandam ei putant et adversus bonæ fidei emptorem ; ne melioris conditionis emptor sit, quam fuerit venditor. »

D'après le § 2 de cette même loi, la femme pourra aussi revendiquer le fonds qu'elle a vendu au créancier de son mari, pour que ce dernier soit libéré. Le créancier lui opposera l'exception *rei emptæ et traditæ*, mais la femme la repoussera par la réplique « *ant si ea venditio contra senatus-consultum facta sit.* »

De ce que la femme qui a payé *intercessionis causâ* a un droit de répétition, il faut en conclure que le sénatus-consulte Velléien ne laisse même pas subsister une obligation naturelle (Maynz, *Cours de droit romain*, t. 1, § 530). En effet, l'un des caractères les plus saillants d'une obligation de cette nature, c'est l'exclusion de la *condictio indebiti* (l. 1. 13 et 19, pr. D., XII, 6). Aussi a-t-on pu dire avec raison que la *condictio indebiti* est la pierre de touche de l'obligation naturelle.

Un autre signe que la femme n'est pas obligée, même

naturellement, se rencontre dans la loi 16, § 1, D., h. t., d'après laquelle les fidéjusseurs de la femme sont libérés « quia totam obligationem senatus improbat. » Or, nous savons qu'une obligation naturelle peut être garantie par une fidéjussion.

Enfin, la loi 2, D., XX, 3, nous en fournit une troisième preuve. En effet, une obligation naturelle peut être valablement garantie par un gage ou par une hypothèque (l. 13, D., XII, 6); or, notre loi dit qu'un gage n'est pas valablement donné *pro muliere quæ intercessit;* donc, l'obligation naturelle n'existe pas.

Ainsi donc, il est incontestable qu'à l'époque classique le sénatus-consulte Velléien ne laissait pas subsister d'obligation naturelle. Faut-il en décider de même sous Justinien ? Nous ne le croyons pas. M. Machelard, qui est de cet avis, s'exprime ainsi dans son *Traité des obligations naturelles* : « Il est impossible de méconnaître que l'idée d'une obligation dérivant de l'*intercessio* d'une femme, n'ait fini par se faire jour dans le dernier état de la législation. Comment expliquer autrement la décision portée par Justinien, l. 22, C. h. t., suivant laquelle, quand une femme, qui s'est obligée pour autrui, renouvelle en majorité, et après un intervalle de deux ans, son premier engagement, elle se trouve définitivement liée ? L'intercession originaire n'est donc pas dépourvue de tout effet, puisqu'elle contribue à donner à la seconde une force que celle-ci n'aurait point par elle seule. Aussi Justinien dit-il que l'engagement primitif est confirmé, *ultro firmavit* » (p. 280). Cette opinion, adoptée également par M. Accarias (*Précis de droit romain*, t. II, N° 576) nous semble certaine; sans quoi, comment pourrait-on admettre la *confirmation* à l'égard d'un acte qui n'aurait absolument aucune valeur ?

SECTION II.

DES EFFETS DU SÉNATUS-CONSULTE VELLÉIEN A L'ÉGARD DES CRÉANCIERS.

Nous avons vu dans la section précédente que l'*intercessio* de la femme étant *inanis*, celle-ci pouvait se garantir, contre l'action du créancier, par différents moyens que le sénatus-consulte Velléien met à sa disposition. Le créancier sera-t-il donc privé de ses droits ? Non, car ce serait violer les principes mêmes de l'équité ; aussi le préteur cherchant à adoucir, autant que possible, le rigorisme du droit civil, est-il venu à son secours en lui restituant l'action que l'*intercessio* de la femme lui avait fait perdre, ou en lui accordant une action nouvelle, suivant les cas.

Dans les rapports du créancier avec le tiers au profit de qui la femme est intervenue, l'*intercessio* peut s'être manifestée sous trois aspects différents. Elle peut avoir eu lieu sous la forme d'un engagement accessoire, ou bien avoir eu pour but de libérer un débiteur antérieur, eu lieu encore, sous la forme d'un *mutuum*, avoir eu pour objet d'obliger la femme, à la place d'un tiers qui n'a contracté aucune obligation.

Dans le premier cas, c'est-à-dire quand il y a intercession cumulative (pacte de constitut, fidéjussion, *mandatum pecuniæ credendæ)*, la nullité de l'obligation accessoire n'entraînant pas celle de l'obligation principale, le créancier n'a nul besoin de secours du préteur puisqu'il conserve son action contre le principal obligé ; il perd uniquement sa garantie. Par exemple, si une femme a

contracté avec un tiers une dette solidaire, elle sera libérée par suite de son *intercessio*, tandis que son *correus* restera obligé pour le tout.

Dans le second cas, quand il y a intercession privative, par suite d'une *expromissio*, par exemple, le débiteur primitif étant libéré, le créancier se trouve complètement désarmé ; il a, en effet, perdu son action contre le débiteur originaire, et son action contre la femme. Le préteur vient alors à son secours en lui restituant sous la forme d'une action utile l'action qu'il avait perdue *jure civili*. Cette action est généralement qualifiée par les interprètes de *Restitutoria* ou *Rescissoria*.

Dans le troisième cas, la femme ne se charge pas d'une obligation ancienne ; elle s'oblige directement à la place d'un tiers qu'elle dispense ainsi de s'obliger.

Le créancier ne pourra pas être restitué véritablement puisqu'il n'existait aucune obligation primitive, mais on lui donnera contre le tiers l'action qui n'a pu produire son effet contre la femme. Cette action est appelée *institutoria* parce que le créancier, au contraire de l'hypothèse précédente, acquiert une action toute nouvelle (l. 8, § 14, D., h. t.)

Nous distinguerons donc deux hypothèses :

1° Le débiteur primitif a été libéré par l'*intercessio* de la femme ; 2° la femme a déguisé son intercession en s'obligeant pour un tiers qui se disposait à emprunter, et pour lequel elle a fait un emprunt comme pour elle-même.

1re Hypothèse. — *Le débiteur primitif a été libéré par l'intercession de la femme.* — Le préteur, nous l'avons déjà dit, viendra alors au secours du créancier en rétablissant l'état de choses antérieur, « et a prætore resti-

tuitur prior debitor creditori » (l. 16, § 1, *in fine*, D., h. t.) L'action qui lui sera conférée, sera l'action *restitutoria* dont nous allons étudier la nature, les effets et la durée.

Nature de l'action restitutoire. — Cette action est qualifiée d'*utilis*, nom qui convient, en général, aux actions données par le préteur, « non erit igitur actio utilis necessaria cum condictio competat » (l. 8, § 8, D., h. t.); elle est de plus fictice : en effet, le préteur considère l'intercession comme non avenue, et rétablit la première action qui se trouvait éteinte *jure civili*, « sed rescissa intercessione, in dominium restituenda est actio » (l. 32, § 5, D., h. t.)

Faut-il voir là un des cas de *restitutio in integrum*, ou seulement une action utile introduite par le préteur à l'aide d'une fiction ? Quoique Doneau et Voët aient été d'avis qu'il s'agit d'une véritable *restitutio in integrum* non prévue, il est vrai, par l'édit, mais autorisée par la *clausula generalis* « si qua alia mihi causa justa videbitur in integrum restituam » (l. 1, § 1, D., IV, 6), nous repousserons cette opinion pour les raisons suivantes :

Dans aucun des textes du titre « *De in integrum restitutionibus* », il n'est fait allusion à la restitution d'action dans le cas du sénatus-consulte Velléien.

La loi 3, « *De in integrum restitutionibus* », D., IV, 1, dit que la *restitutio in integrum* n'est jamais donnée que *causa cognita*, « omnes in integrum restitutiones, causa cognita a prætore promittuntur » ; or, nulle part dans les textes qui parlent de la restitution d'action, dans le cas du Velléien, il n'est question de la *causæ cognitio*.

La demande de la *restitutio in integrum* était tempo-

raire; elle était, en effet, renfermée dans le délai d'une année utile, dans l'ancien droit, et dans celui de quatre ans continus, depuis Justinien; l'action restitutoire, au contraire, était perpétuelle, « hæ actiones perpetuo competunt » (l. 10, D., h. t.)

L'*in integrum restitutio* ne peut être donnée qu'à défaut de tout autre moyen et comme dernière ressource. « In causæ cognitione etiam hoc versabitur, num forte alia actio possit competere citra in integrum restitutionem. Nam si communi auxilio et mero jure munitus sit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium. » (L. 16, pr. D., IV, 4). La loi 8, § 13, D., h. t. donne au contraire l'action restitutoire au créancier alors même qu'il aurait un autre moyen de se faire rembourser, « nihil enim interest quâ actione conveniatur » (debitor).

Gaïus (l. 12, D., IV, 4) s'exprime ainsi, en parlant de l'action restitutoire: « communi jure in priorem debitorem actio restituitur; » cela indique bien que la restitution d'action est de droit commun. Il désigne au contraire la *restitutio in integrum* comme étant un « *extraordinarium auxilium* » (l. 16, pr. *eod tit.*) L'*in integrum restitutio* est donc en dehors du droit commun.

A qui et contre qui l'action est restituée. — Cette action est donnée à tous ceux auxquels le sénatus-consulte porte préjudice; ainsi elle est donnée non-seulement au créancier, mais encore à ses héritiers et autres successeurs.

Lorsqu'il y a deux *correi stipulandi* et que la femme a intercédé pour le débiteur envers l'un d'eux seulement, l'action est restituée à celui-là seul envers qui la femme a intercédé. C'est ce que décide Ulpien dans la loi 8, § 11, *in fine*, D., h. t. « ei soli restituitur obligatio apud quem

intercessit. » Cela est juste, puisque le co-créancier n'a pas eu à souffrir de l'application du sénatus-consulte Velléien.

L'action primitive est restituée contre tous ceux qui se sont trouvés libérés par l'intercession de la femme, « in omnes qui liberati sunt » (l. 8, § 11, D., h. t.), de manière à ce que le créancier soit replacé dans la position où il était antérieurement, « integra causa pristina restituenda est » (l. 14, D., h. t.)

Ainsi donc l'action est rétablie :

1° Contre l'ancien débiteur (l. 1, § 2, D., h. t.)

2° Contre ses héritiers et autres successeurs (l. 10, D., h. t.).

3° Contre les débiteurs accessoires, tels que les fiidéjusseurs, le maître de l'esclave, ou le père de celui pour lequel la femme a intercédé, pourvu toutefois que l'engagement du fils ou de l'esclave ait pu obliger le père de famille ou le maître (l. l. 9, 14, 32, § 5, D., h. t.)

4° Contre chacun des *correi promittendi*, quand même la femme ne se serait portée *expromissor* que pour l'un d'eux, car ils se trouvent tous libérés par l'*intercessio* de la femme (l. 2, D., XLV, 2).

5° Contre la femme elle-même, si elle a succédé au débiteur primitif (l. 8, § 13, D., h. t.) Ulpien nous apprend que, dans ce cas, le créancier peut agir contre elle soit par l'action directe résultant de son *intercessio*, soit par l'action restitutoire, « nihil enim mulieris interest qua actione conveniatur. »

Cas dans lesquels l'action restitutoire n'est pas accordée. — En principe, l'action est restituée au créancier contre le débiteur ; il y a néanmoins des cas où cette restitution n'a point lieu.

Ainsi l'action n'est pas rendue au créancier :

1° Dans les cas d'exception au sénatus-consulte Velléien, c'est-à-dire, quaud la femme est valablement obligée.

2° Lorsque la restitution de l'action primitive ne pourrait être d'aucune utilité au créancier, en raison de la qualité du débiteur. Par exemple, si la femme avait intercédé pour un pupille non autorisé, un fils de famille obligé en violation du sénatus-consulte Macédonien, le créancier ne peut agir ni contre le débiteur principal, ni contre la femme qui a intercédé (l. 8, § 15, D., h. t.)

3° Lorsque indépendamment de l'action restitutoire, le créancier peut exercer des poursuites contre le débiteur. C'est l'hypothèse de la loi 8 § 8, D., h. t. : Primus libère Secundus par acceptilation, à condition que ce dernier lui fournira un *expromissor*. Si le débiteur présente une femme à sa place, il n'exécute pas l'obligation sous laquelle il a été libéré ; aussi Primus n'aura-t-il pas besoin de l'action restitutoire, puisqu'il a la *condictio ob rem dati re non secuta*. — La loi 13 § 1, D., h. t. nous présente également une hypothèse où le créancier n'a pas besoin de la restitution d'action, au moins quant à l'action hypothécaire qui subsiste à son profit. L'action quasi-servienne ou hypothècaire n'est en effet, éteinte que lorsque le créancier a reçu le paiement de la dette ou a obtenu satisfaction autrement. Par conséquent, il peut de plein droit intenter l'action hypothècaire, puisqu'il n'est pas désintéressé à cause de la nullité de l'intercession résultant du sénatus-consulte, « quia verum est, dit Gaïus, convenisse de pignoribus, nec solutam esse pecuniam. »

Nous venons de voir, dans l'hypothèse précédente, un

cas où l'action hypothécaire survit à l'action principale. Nous allons voir dans la loi 29, pr., D., h. t., que le préteur peut, non seulement donner une action nouvelle contre le débiteur primitif, mais encore y adjoindre une action hypothécaire contre le débiteur qui ne lui a jamais consenti d'hypothèque.

Cette loi suppose que la femme a reçu un gage ou une hypothèque de ceux pour qui elle intercédait. Si le créancier savait que la femme s'obligeait pour autrui, celle-ci pourra lui opposer l'exception du Velléien et retirer le gage qu'elle avait donné en sûreté de sa dette. Paul ajoute que le préteur fera bien « non sine ratione » de donner au créancier une action personnelle contre les débiteurs, « in principales debitores » (contre ceux qui se seraient obligés si la femme n'eût pas intercédé), et d'y adjoindre une action hypothécaire sur les choses qu'elle avait reçues d'eux en gage, « etiam in res quæ mulieri obligatæ sunt, » comme si elles avaient été engagées au créancier lui-même.

Ulpien décide, d'après l'opinion de Marcellus, que si, après l'*intercessio*, le créancier a fait acceptilation avec la femme, il aura l'action restitutoire, car cette acceptilation n'ayant eu pour objet qu'une obligation *inanis* doit être considérée comme non avenue (l. 8, § 9, D., h. t.) Il en sera de même dans le cas de confusion : lorsque le créancier devient héritier de la femme, la confusion n'empêche pas que l'action lui soit restituée, « non immerito cum non obligatæ cum effectu successerit. » (l. 8, § 12, D., h. t.)

Quand l'action restitutoire peut-elle être intentée. — Le créancier peut exercer l'action restitutoire quand il le veut. Ainsi il n'a pas besoin d'attendre que la femme se

décide à le payer ou à lui opposer l'exception du sénatus-consulte ; il peut intenter son action avant qu'elle ait intenté la *condictio indebiti*, si elle a payé, ou avant l'arrivée du terme ou de la condition si elle s'est obligée sous l'une ou l'autre de ces modalités : « Puto statim et non expectandam solutionem », dit Paul, dans la loi 24, § 2, D., h. t.

Lorsque l'action éteinte par l'*expromissio* était perpétuelle, elle sera restituable aussi tard qu'il plaira au créancier. Mais, *quid*, si elle était temporaire? La loi 24, § 3, D., h. t. a donné lieu à discussion entre les interprètes. Voici le texte : « Temporalis actio restituetur, sic tamen ut ex præcedenti causa, continua tempora numerarentur post restitutionem : quamvis statim atque intercessit mulier competierat. » Les uns prétendent qu'il faut compter le temps écoulé entre l'époque de l'intercession et celle de la restitution (c'est aussi l'opinion de Pothier, Pandectes, *ad S.-C V.*, N° 46) ; mais ils sont obligés de substituer le mot *quia* au mot *quamvis*, et ils traduisent ainsi : « le temps fixé pour exercer l'action doit être compté du jour de l'ancienne obligation, sans tenir compte de l'époque intermédiaire, *parce que* le créancier avait la faculté d'obtenir la restitution aussitôt après l'intercession. » Les autres traduisent de cette manière : « la durée de l'action commencera à courir du jour où l'obligation a été contractée par l'ancien débiteur, mais l'*intercessio* suspendra la prescription de l'action, et la nouvelle période ne s'ouvrira qu'après la restitution d'action, *bien que* cette restitution ait pu être demandée par le créancier aussitôt après l'*intercessio*. » C'était le sentiment de Doneau : « Sed tamen restituetur hac actio in ea tempora quæ prius restabant ut numerentur hæc

tempora continua solum post restitutionem seu ex die restitutæ actionis, non ex die intercessionis. » (t. 3, p. 747). Pour nous, nous préférons la seconde traduction, car elle présente sur la première l'avantage de ne pas torturer le texte.

2e hypothèse. — *La femme s'est interposée dans l'intérêt d'un tiers en empruntant comme pour elle.*

Dans ce cas, la femme, s'étant obligée au lieu et place d'un tiers qui se disposait à contracter, écartera le créancier par l'exception du sénatus-consulte Velléien; mais le créancier ne pourra pas jouir de l'action restitutoire puisque le tiers n'a jamais été son obligé, aussi le préteur lui délivre-t-il une action particulière appelée, par les interprètes, institutoire, « quo casu datur..... actio quæ instituit magis quam restituit obligationem. » (l. 8, § 14, D., h. t.).

Cette action est, sous forme utile, la même que celle qui serait dirigée contre la femme, si elle s'était obligée valablement ; ainsi ce sera une action *quasi ex stipulatu*, si la femme s'était engagée *per stipulationem*. C'est ce que nous voyons dans la loi 8 § 14, D., h. t. « ut perinde obligeris, eodem genere obligationis, quo mulier est obligata. Verbi gratia, si per stipulationem mulier, et tu quasi ex stipulatu convenieris. »

Il est inutile de nous attarder plus longtemps sur cette action, car elle reçoit son application dans plusieurs cas où l'action restitutoire s'applique elle-même. Ainsi, nous déciderons que si la femme s'est obligée pour un mineur qui ne peut s'engager sans autorisation du tuteur, ce mineur ne pourra pas être poursuivi par l'action institutoire, à moins qu'il ne se soit enrichi ; dans ce cas, il serait tenu *quatenus locupletior factus est*. De même la

loi 10, D., h. t. est applicable aux actions restitutoire et institutoire, car elle se refère à la loi 8 qui précède et parle de l'une et de l'autre ; d'ailleurs les mots « hæ actiones » qui se trouvent en tête du texte le prouvent suffisamment.

CHAPITRE VI.

DES INNOVATIONS DE JUSTINIEN.

Lss innovations de Justinien concernent : 1° le renouvellement de l'*intercessio*, 2° l'effet attaché à la déclaration faite par la femme qu'elle a reçu quelque chose pour intercéder, 3° la validité de l'intercessio *pro libertate* et de celle *pro dote*, 4° la formalité d'un acte public, 5° enfin le cas où la femme intercède pour son mari.

1° *Renouvellement de l'intercessio de la femme.* — Pour savoir si la femme peut ainsi confirmer l'acte qu'elle a consenti et faire disparaître le vice originaire qui l'affecte, la loi 22, C., h. t., exige qu'elle ait atteint la *perfecta ætas*, c'est-à-dire 25 ans ; de plus la loi distingue si la femme manifeste sa volonté avant ou après l'expiration des deux ans qui ont suivi son engagement. « Si mulier perfectæ ætatis constituta, post intercessionem, vel cautionem conscripserit, vel pignus aut intercessorem præstiterit, sancimus, antiqua legum varietate cessante, si quidem intra biennale tempus post priorem cautionem numerandam pro eadem causat fecerit cautionem, vel pignus aut intercessorem dederit, nihil sibi præjudicare, quod adhuc ex consequentia suæ fragilitatis in secundam jacturam inciderit. Sin autem post

biennium hæc fecerit, sibi imputet si quod sæpius cogitare poterat et evitare non fecit, sed ultro firmavit. Videtur etenim ex hujusmodi temporis prolixitate non pro aliena obligatione se illigare, sed pro sua causa aliquid agere. » Ainsi donc, si la femme réitère son intercession avant les deux ans, ce renouvellement ne produit aucun effet, car Justinien estime que le temps de la réflexion n'a pas été assez long, et que la femme a bien pu, comme la première fois, être victime de son irréflexion. Si, au contraire, elle renouvelle son intercession après un laps de temps de deux ans, elle est valablement obligée. Il faut présumer que si la femme a persévéré aussi longtemps dans sa volonté, c'est qu'elle a eu intérêt à agir de la sorte.

2° *Effet de la déclaration faite par la femme qu'elle a reçu quelque chose pour intercéder.* — Lorsque la femme a reçu quelque chose pour intercéder, elle ne peut pas invoquer le bénéfice du sénatus-consulte Velléien. Justinien déclare cependant que ce point avait donné lieu à des controverses : « Antiquæ jurisdictionis retia et difficillimos nodos resolventes, supervacuas distinctiones exulare cupientes. » (l. 23, pr., C. h. t.) Peut-être les disputes que l'empereur signale portaient-elles sur le point de savoir combien la femme devait avoir reçu, ou comment il fallait prouver qu'elle avait reçu. Le prix qu'on lui avait donné pour son intercession devait-il être l'équivalent de ce que à quoi elle s'était engagée ou pouvait-il être inférieur ? Quel mode de preuve fallait-il employer ? Telles étaient sans doute les questions soumises à discussion. Justinien les tranche en décidant que le secours du sénatus-consulte Velléien sera refusé à la femme si elle reçoit quelque chose à quelque époque que ce soit et quelle que soit l'importance de ce qui lui a été

donné. Quant à la preuve, il faut distinguer : Le créancier peut-il présenter à la femme un écrit public *(instrumentum publice confectum)* signé d'elle et de trois témoins ? La preuve contraire est inadmissible. L'écrit n'existe-t-il pas ou est-il affecté d'un vice ? Le créancier sera admis à faire sa preuve, mais la femme aura le secours du Velléien (l. 23, pr., C. h. t.)

3° *Intercessio pro dote.* — Justinien décide dans la loi 25, C. h. t. qu'une femme intercédant *pro dote*, soit pour sa fille, soit pour *toute autre* personne, sera tenue d'exécuter son obligation.

Intercessio pro libertate. — Justinien permet à une femme de s'obliger envers le propriétaire d'un esclave pour le déterminer à libérer son esclave ; si elle est poursuivie en exécution de son obligation, elle ne pourra pas se prévaloir de l'exception du Velléien (l. 24, C. h. t.) La question avait déjà été soulevée, parait-il, car la constitution de Justinien commence ainsi : « Veterum ambiguitatem decidentes, sancimus.... »

4° *Formalité d'un acte public.* — Cette quatrième innovation se trouve contenue dans le § 2 de la loi 23, C., h. t. « Ne autem mulieres perperam sese pro aliis interponant, sancimus non aliter eas in tali contractu posse pro aliis sese obligare, nisi in instrumento publice confecto et a tribus testibus subsignato, accipiant homines a muliere pro aliis confessionem..... » Ainsi, tandis que jusqu'à Justinien l'*intercessio* existait par cela seul qu'une femme s'était obligée pour autrui, à partir de cet empereur, l'*intercessio* prise par la femme sera désormais considérée comme non avenue si elle n'a été constatée par un acte public signé de trois témoins. Ces formalités ont-elles été remplies, on appliquera alors les règles de

l'ancien droit relatives à l'*intercessio* des femmes, sinon toute l'opération sera déclarée nulle, et la femme sera libre de tout engagement comme si elle n'avait rien fait du tout.

Il y a dans cette loi trois idées distinctes : 1° nécessité d'un acte public, signé de trois témoins, pour contenir l'*intercessio* de la femme; 2° application de l'ancien droit quand ces formalités ont été observées; 3° nullité absolue de l'*intercessio* quand elles ne l'ont pas été.

Mais dans quels cas cette nouvelle constitution est-elle applicable ? C'est une question controversée.

Un premier système prétend que la formalité d'un acte public est exigée seulement dans les cas où la femme intercédante peut invoquer le bénéfice du Velléien, et ne regarde en aucune manière les cas exceptionnels *(intercessio pro dote* ou *pro libertate)* qui lui sont permis. La loi 23, § 2 aurait donc eu pour seul but de faire considérer comme absolument nulles les intercessions défendues par le sénatus-consulte, lorsque l'acte public n'aurait pas été dressé.

Ce système doit, croyons-nous, être rejeté. Quelle serait, en effet, l'utilité de la loi, puisque, même avant sa création, la femme pouvait opposer le Velléien, et que si elle avait accompli son obligation, la *condictio indebiti* lui était accordée. Justinien n'a nullement distingué si l'on se trouve ou non dans un des cas d'exception au sénatus-consulte. La loi 23, § 2 ne dit-elle pas, sans aucune distinction, que la théorie ancienne et nouvelle relative à l'*intercessio* des femmes ne recevra son application que si les formes ont été observées « tunc enim tantummodo..... omnia...., » et que si, au contraire, ces formes ont été négligées, l'opération sera considérée

comme nulle et non avenue « sin autem extra..... pro nihilo habeatur. »

Suivant un second système, auquel nous nous rallions, l'acte public est exigé non seulement dans les cas où la femme peut se prévaloir du sénatus-consulte, mais même dans les cas exceptionnels où elle est efficacement obligée par son *intercessio*. Par conséquent, une *intercessio* qui eut été valable d'après les anciens principes, ne le sera désormais que si un acte public a été dressé; quant aux *intercessiones* prohibées antérieurement, elles seront désormais nulles *ipso jure* et non plus *exceptionis ope*, Ce système nous semble être conforme au texte (qui ne fait aucune distinction) et à son esprit (la formalité d'un acte public ayant été établie pour attirer plus directement l'attention de la femme sur l'importance et la gravité de son engagement).

5° *Intercession de la femme pour son mari.* — Ce cas est prévu par la Novelle 134, ch. 8, qui forme l'Authentique « *si qua mulier* » au Code, *ad senatus-consultum Velleianum*. Justinien décide que si une femme s'oblige avec son mari, cette obligation sera complètement nulle, quand même la femme aurait renouvelé plusieurs fois son engagement et l'aurait inséré dans un acte public signé de trois témoins, « nullatenus hujusmodi valere aut tenere..... ita esse ac si neque factum quicquam neque scriptum. » La prohibition de la Novelle ne reçoit d'exception que dans le cas où il est manifestement prouvé que l'argent emprunté par le mari a tourné au profit ds la femme « nisi manifeste probetur quod pecuniæ in propriam ipsius mulieris utilitatem expensæ sint. » La Novelle 134 a donc une portée bien supérieure à celle du sénatus-consulte Velléien, puisque, dit M. Gide, « si une femme

est intervenue pour son mari dans son intérêt propre ou pour lui faire une libéralité, il n'y a pas d'intercession proprement dite : l'acte eut échappé à la prohibition du sénat, mais il tombera sous celle de Justinien, » (*Condition privée de la femme*, p. 219).

CHAPITRE VII.

DESTINÉES DU SÉNATUS-CONSULTE VELLÉIEN DANS LA LÉGISLATION FRANÇAISE.

Le sénatus-consulte Velléien s'est maintenu en France jusqu'à la promulgation du Code civil. Dans l'ancien droit, pays de droit écrit, pays de droit coutumier, tous l'ont adopté, mais avec des divergences dans son application. C'est ainsi qu'à Montpellier on prohibait l'intercession en faveur des tiers, tandis qu'en Auvergne on la prohibait au profit du mari. En ce qui concerne la Normandie, le sénatus-consulte y était observé très-rigoureusement, C'est ce que nous apprend Merlin qui cite le passage de Froland, *mémoires concernant la qualité des statuts*, t. II, p. 974: « Pour ce qui est de la Normandie, il n'y a point de province où le Velléien ait été suivi avec plus d'exactitude et de religion que celle-ci; il y a de tout temps été gardé et peut-être même avec plus d'étendue que chez les Romains. » Répert. V° *sénatus-consulte Velléien*, § 1, N° VIII. Il y avait néanmoins exception, dans le cas où une mère cautionnait son fils pour lui avoir une charge ou quelqu'autre chose utile. On considérait ces actes non point comme une fidéjussion, mais plutôt comme une donation et un avancement de

succession (arrêts du 17 Mars 1644, du 19 Février 1658 et du 18 Mars 1662). En dehors de ce cas, toutes les autres obligations pour autrui que pouvait contracter la femme étaient absolument nulles (arrêt du 28 Juillet 1682. — *Explication de la coutume de Normandie*, t. I, p. 500 et 501).

La renonciation au Velléien était généralement admise ; on était même arrivé au point de la considérer comme de style. Il est vrai que la jurisprudence exigea que les notaires spécifiassent aux femmes la nature et les effets des privilèges auxquels elles renonçaient (arrêt du Parlement de Paris du 29 Juillet 1595). Mais ces exigences n'aboutirent qu'à de nombreux procès contre des notaires qui furent condamnés, pour inobservation de cette prescription. Aussi le chancelier Sillery fit-il porter, par Henri IV, l'édit du mois d'Août 1596 qui « défendit à tous notaires et tabellions du royaume, sous peine de suspension et d'amende arbitraire, d'insérer dans leurs contrats aucunes renonciations au Velléien et aux autres privilèges du sexe, et ordonna que les contrats souscrits par les femmes eussent même effet, force et vertu que si toutes ces renonciations y eussent été bien et dument spécifiées. »

Le sort de cet édit ne fut pas le même dans toute la France. Ainsi, les parlements de Rennes, Bordeaux, Toulouse, Pau, Grenoble, Aix et Paris, pour le comté d'Eu et pour l'Auvergne, refusèrent de l'enregistrer ; de même la Flandre, l'Alsace, la Savoie, le Dauphiné, ainsi que les conseils souverains de Colmar et de Perpignan. Quant à la Normandie, nous lisons encore dans Merlin que « on n'y a point permis aux femmes de renoncer à son exception ; on y a regardé leurs intercessions comme des actes nuls de plein droit, et pour raison desquels il

n'était point besoin d'avoir recours aux lettres; on y a rejeté les ratifications qu'elles avaient faites » (Merlin, *loc. cit.*)

Ces divergences d'opinion devaient nécessairement donner lieu à de nombreuses questions de statut que nos anciens auteurs appelaient *questions mixtes sur le sénatus-consulte Velléien*. Elles se présentaient le plus souvent de la manière suivante: La femme mariée et domiciliée en Normandie peut-elle, par des contrats où elle intervient avec son mari, engager ou hypothéquer les fonds qu'elle possède à Paris? Ou *vice versa*, la femme née, mariée et domiciliée à Paris peut-elle, par des contrats semblables, engager les immeubles qui lui appartiennent, soumis à la coutume de Normandie? Autrement dit, le sénatus-consulte Velléien est-il un statut réel ou personnel? Duplessis, qui est d'avis que le sénatus-consulte Velléien est un statut personnel, répond ainsi à la question: « La femme née, mariée, domiciliée en Normandie, est dans une incapacité absolue de pouvoir s'obliger pour son mari, et par conséquent son obligation ne peut avoir d'effet sur ses biens en quelque endroit qu'ils soient situés. A l'égard de la femme née, mariée et domiciliée à Paris, l'obligation qu'elle contracte avec son mari étant valable, parce que le sénatus-consulte n'a pas de lieu à Paris, ses immeubles, même de Normandie, doivent être affectés à son obligation; du moment qu'on a établi que le statut Velléien était personnel, il n'y a plus d'inconvénients. » (*explicat. de la cout. de la Normandie*, t. I, p. 105).

Au XVIII[e] siècle, le sénatus-consulte était encore appliqué dans une grande partie du royaume; il ne disparut même pas avec les parlements, car Merlin mentionne deux arrêts du tribunal de Cassation, l'un du

2 Messidor, An IV (Répert. § 1, N° 5, p. 354, t. 30), et l'autre du 2 Nivose, An IX (Répert. § 1, N° 8, p. 356, t. 30) qui font application du sénatus-consulte.

Lorsque la commission chargée de l'élaboration du Code civil communiqua son projet aux divers tribunaux, le tribunal d'appel de Grenoble seul demanda que l'on défendit le cautionnement aux femmes, tout au moins avant l'âge de 25 ans accomplis (Fenet, t. 3, p. 571). Personne ne réclama au Conseil d'Etat contre l'abolition du sénatus-consulte, mais au Tribunat, le tribun Carion Nisas parla en faveur de cette prohibition: ce sénatus-consulte, dit-il, est fort court, et donne une seule raison fort simple, mais cette raison et prise dans la nature, et les commentateurs la font valoir avec beaucoup de sagacité, » (Fenet, t. 13, p. 784). Cette observation ne fut pas prise en considération. Le sénatus-consulte se trouve implicitement abrogé par l'article 1123 du Code civil, ainsi conçu: « Toute personne peut contracter si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi. »

Le Velléien, disparu dans notre législation, est cependant encore en vigueur en Europe, notamment en Allemagne et en Espagne. Depuis le 1er janvier 1866, il n'existe plus en Italie.

Comme le Velléien fait partie du statut personnel, nos tribunaux devraient l'appliquer à une femme étrangère qui se trouve sous sa protection et qui a contracté en France contrairement à sa disposition. La Cour de Paris, par un arrêt du 15 mars 1831, a refusé d'accorder le bénéfice du Velléien à une femme espagnole. Elle déclare que lorsqu'un étranger attaque devant les tribunaux français un engagement contracté en France, au profit d'un Français, sa capacité doit être uniquement

appréciée d'après la loi française. Elle donne pour raison que le Français n'ayant pu connaître la loi étrangère, cette loi ne peut être obligatoire pour lui. Un arrêt de la cour de Cassation du 17 juillet 1833 a rejeté le pourvoi en se basant principalement sur ce que l'arrêt attaqué n'avait pu violer l'alinéa 3 de l'article 3 du Code civil, car cet alinéa ne contient aucune disposition en faveur des étrangers qui résident en France.

Les arguments invoqués par les arrêts précités ne nous semblent pas satisfaisants. On peut répondre à la doctrine de la Cour de Paris que, lorsqu'un Français contracte avec un étranger, il doit s'enquérir de la capacité de ce dernier : « qui cum alio contrahit, vel est, vel debet esse non ignarus conditionis ejus. » (l. 19, pr. D., L. 17). Quant à l'opinion de la Cour de cassation, nous la combattrons en faisant remarquer qu'il ressort indubitablement de la rédaction de l'article 3 du Code civil, que la capacité des étrangers, résidant en France, est régie par leur loi nationale (Aubry et Rau, t. I, § 31).

DROIT FRANÇAIS

DE L'INCAPACITÉ DE LA FEMME MARIÉE

INTRODUCTION

La femme, dans notre droit civil, est placée, en principe, sur la même ligne, ou à peu près, que l'homme. Comme lui, elle peut acquérir, aliéner ou s'obliger. Comme lui encore, elle peut tester, contracter sans avoir à se faire autoriser par qui que ce soit. On serait même tenté, à première vue, de la considérer comme privilégiée. En effet, elle acquiert plus tôt la capacité de se marier, et celle de se passer, pour cet acte si grave, du consentement de ses parents. Mais ce privilège est plus apparent que réel ; il n'accuse au profit de la femme aucune supériorité. Sa seule raison d'exister consiste dans l'intérêt que peut avoir la jeune fille à se marier de bonne heure.

Tel est le principe, mais il souffre exception.

La condition normale de la femme est le mariage. Or, dès l'instant qu'elle se marie, une incapacité très étendue la frappe. Jusqu'au jour de la dissolution de son mariage, le concours de son mari lui sera désormais nécessaire, et

cela, dans une infinité de circonstances, pour l'habiliter aux actes de la vie civile.

Comme le nombre des femmes mariées est de beaucoup supérieur à celui des filles majeures et des veuves, notre principe, tout en restant la règle, reçoit une application infiniment moins fréquente que son exception. Il en résulte que la plupart des femmes se trouvent incapables. Leur incapacité commence, en général, avant la fin de leur minorité et ne finit souvent qu'à la mort, de telle sorte qu'une infinité de femmes, capables en principe, passent toute leur vie sous le régime de l'exception.

C'est l'étude de cette incapacité que nous nous proposons d'entreprendre. Toutefois, avant de chercher à en déterminer la nature, l'étendue et les effets, il convient d'en étudier l'origine historique.

Cette origine est fort lointaine et bien antérieure au plus ancien droit français. Devons-nous, cependant, la faire remonter aux traditions de Rome? Dans l'ancienne société romaine, par suite de l'organisation familiale, la femme nous apparaît comme incapable. *Filiafamilias*, dans la famille paternelle, elle devenait, par l'effet de la *manus*, *locofiliæfamilias* dans la famille du mari. Les *matresfamilias* (filles non mariées et dépourvues d'ascendants ou veuves gardant leur viduité), formaient une minorité très restreinte. Ces femmes se trouvaient également en état d'incapacité. En effet, une tutelle perpétuelle les frappait. Organisée dans le but de les empêcher d'appauvrir leur patrimoine, et de frustrer par là leurs héritiers, agnats ou gentils, la tutelle était dirigée contre la femme, et cela bien plus pour un motif de surveillance que de protection.

Peu à peu, la *manus* tomba en désuétude. Dès lors, les femmes cessèrent d'être *locofiliarum* dans la famille de

leurs maris et n'eurent plus à compter, après comme avant le mariage, qu'avec la *patria potestas*. Le mariage ne fut donc plus pour elles une cause d'incapacité, mais il laissait libre cours à la puissance paternelle. Souvent même cette puissance paternelle s'évanouissait soit par l'émancipation qui devait être assez fréquente, soit par la mort du *pater*, de telle sorte que la femme jouissait d'une capacité complète. La tutelle des agnats, en effet, avait également disparu, après avoir subi des atténuations qui en faisaient une institution dérisoire.

Sauf dans l'ancien droit égyptien qui, pendant cinq mille ans, a maintenu l'homme et la femme sur le pied d'égalité dans le mariage, ne permettant entre eux ni société de biens, ni autorité domestique (Dareste.—Papyrus égyptiens. *J. des Savants*, Mars 1883), on ne connaît aucun exemple d'une telle indépendance de la femme mariée. C'est sans doute en raison de cette capacité exagérée qu'on éprouva le besoin de créer certaines incapacités exceptionnelles, telles que le Velléien. Du reste, ces incapacités elles-mêmes finirent par subir des atténuations ou par tomber en désuétude : aussi peut-on dire qu'en fait sinon en droit, la femme, au temps de Justinien, était absolument aussi capable que l'homme.

Il nous semblerait difficile d'invoquer ces antécédents pour expliquer la présence, dans le Code, d'une incapacité soumettant la femme à l'autorisation maritale. D'autant plus qu'il existe une véritable antinomie entre le droit de cette époque et le nôtre. En effet, dans notre droit, le mariage frappe la femme d'une incapacité qui la place sous la tutelle et le pouvoir du mari, et fait presque entièrement disparaître le pouvoir du père; à Rome, au contraire, le mariage était sans effet sur la capacité civile de la femme :

il ne modifiait en rien la puissance paternelle à laquelle la *filiafamilias* restait soumise. On peut même supposer que, le plus souvent, le mari s'empressait de faire émanciper sa femme pour rester maître chez lui. De telle sorte que le mariage, loin de produire une nouvelle incapacité, supprimait une incapacité existante.

Nous n'insisterons pas davantage sur la situation respective des époux en droit romain. Il nous suffit d'avoir mis en relief son principal caractère : ce n'est assurément pas là qu'il faut chercher l'origine de l'incapacité actuelle de la femme. Ce n'est pas sur les bords du Tibre, mais au contraire dans les forêts de la Germanie que nous allons en trouver les traces.

De même que toutes les primitives sociétés aryennes, celle des Germains a la famille pour base. Mais à l'encontre des Romains et des Grecs chez qui la famille présentait un caractère monarchique, chez les Germains le pouvoir est dispersé entre tous ceux qui peuvent porter les armes, et ce pouvoir même laisse à l'individualité une place plus raisonnable. (Gide, *Étude de la condition privée de la femme*, p. 199 et 200). La situation de la femme libre doit donc être meilleure chez les Germains que chez les Romains primitifs, malgré l'identité du principe. Fille, elle est soumise à une autorité divisée, et, par suite, moins rigoureuse. Mariée, la femme passe sous l'autorité de son mari, sans que celle de sa famille d'origine s'éteigne. La femme ne fait que gagner un nouveau protecteur, car la puissance, chez les Germains, revêt plus volontiers le caractère de protection que celui de domination. Le terme *Mund*, qui désigne cette puissance, est l'exact équivalent de *Manus*. Les deux mots dérivent d'une même racine et ont eu à l'origine la même forme,

de même que l'institution qu'ils désignent devait être une chez les communs ancêtres des Germains et des Romains ou chez le peuple qui leur a enseigné les langues et les idées aryennes. Mais l'institution a profondément varié, car elle est plus douce et plus raisonnable chez les Germains. Ces Barbares n'avaient pas considéré la puissance comme un moyen d'exploitation; Rome, au contraire, conservait fidèlement les coutumes grossières d'âges plus primitifs.

Tandis que la *manus* allait à peu près jusqu'à refuser à la femme l'existence même de droits individuels, le *mundium* lui en retirait seulement l'exercice. Impuissante à porter les armes et à exercer la guerre privée (la *faida*) qui était la procédure à peu près la seule des temps barbares, comment la femme aurait-elle pu ramener ses droits à effet ? (Gide, p. 198).

Les anciens textes scandinaves, les seuls qui nous montrent le droit germanique, sans mélange romain (Gide, p. 219, 221 et 338), ont permis à M. Gide de reconstituer un tableau de la situation de la femme germaine. Inhabile à porter les armes, exclue, par suite, de l'assemblée politique comme du conseil de la famille, elle ne peut ester en justice et poursuivre elle-même l'exercice de ses droits. Elle est représentée par un champion ou par un représentant judiciaire. Tous les actes de la vie civile sont accomplis ainsi par procureur, sauf, cependant, ceux de peu d'importance ou de pure administration que la femme peut accomplir sans le consentement ni le concours de personne. Le représentant de la femme libre est un de ses proches, qui paraissent avoir la même qualité pour agir, quelque soit le degré, et même quand ils appartiennent à la famille maternelle.

Il est probable que la femme elle-même avait le choix de son représentant, et, dans quelques circonstances, nous voyons ce choix se porter sur une personne étrangère. Quel qu'il soit, d'ailleurs, le représentant est tenu envers la femme, et sa gestion est contrôlée par celle-ci et par chaque membre de la famille (Gide, p. 203, 204 et 368).

Quand la femme est mariée, c'est son mari qui la représente, rarement un tiers. Cela se comprend facilement. La communauté de biens résultant du mariage faisait que le mari avait un intérêt direct dans chaque acte accompli par la femme. Le principe que les biens de la femme tombaient, sauf exception, dans la communauté, et que le mari était le chef et le seul administrateur de celle-ci, devait, d'ailleurs, rendre assez rares les actes juridiques accomplis pour le compte de la femme.

La femme germaine nous apparaît donc comme pourvue de droits mais incapable de les exercer, et placée sous une tutelle maritale organisée plutôt dans son intérêt propre que dans celui de son mari. Cependant, tandis que le *mundium* exercé par un tiers conserve le caractère de pure protection, il revêt déjà un caractère différent quand il est exercé par le mari co-intéressé, et de cette co-existence d'intérêts naît une autorité plus libre.

Après l'invasion, les idées germaniques se substituèrent aux idées romaines dans la plus grande partie de la Gaule; et, malgré le principe du respect des statuts nationaux, et la supériorité de nombre et de civilisation des Gallo-Romains, cette substitution, notamment en ce qui touche les questions d'organisation de la famille, se fit avec une facilité remarquable. Peut être les populations de la Gaule-Belgique se souvenaient-elles d'avoir pratiqué des usages analogues avant la conquête romaine?

Peut être même, malgré l'extension du droit de cité romaine, une partie de ces usages persistait-elle encore ? Cela ne serait pas impossible.

La puissance maritale et la communauté de biens de nos coutumes sont assurément descendues de ces idées germaniques, mais elles ont subi des modifications suivant les temps et les lieux. D'une manière générale, nous pouvons dire que la transformation, quant à la puissance maritale, se fit en renforçant les pouvoirs du mari, et en diminuant jusqu'à l'annihiler le droit de la femme. A mesure que la puissance maritale s'éloigne de son origine, elle revêt un caractère différent, et, au lieu d'un *mundium* organisé pour l'avantage de la femme, nous voyons le mari investi d'un pouvoir d'administration et d'autorisation dont le but est tout autre. Dès la fin du moyen-âge, c'est pour assurer l'autorité absolue du mari que la femme est frappée d'incapacité. L'institution persiste, mais son but est complètement changé. Elle est retournée contre la femme et la protection devient, comme à Rome, une véritable domination.

Comment cette transformation s'est-elle opérée ? Par les mœurs. La femme germaine, associée à la vie de l'homme, à ses dangers, à ses travaux, devait, forcément, avoir une certaine part d'indépendance et d'individualité. Mais cette indépendance et cette individualité, nécessaires à une époque de barbarie, n'étaient plus à leur place dans la société demi-civilisée du moyen-âge. L'indépendance de la femme, comme principe, et le *mundium*, comme moyen de protection, auraient été en contradiction avec les idées du temps. Les rapports sociaux plus compliqués, les fortunes plus considérables et d'une administration plus difficile, le fait que l'immense

majorité des Français du moyen-âge n'avaient pas une goutte de sang des conquérants dans les veines, toutes ces causes contribuèrent à la transformation.

Si l'on consulte les documents de l'époque, l'on remarque la tendance qu'ils avaient tous à diminuer la femme et à lui faire perdre la haute situation morale qu'elle avait chez les Germains, la haute situation légale que lui faisait la loi romaine. A mesure que les Romanistes et les Canonistes acquirent plus de crédit, ils crurent devoir transformer, aux dépens de la femme, le motif de l'incapacité comme on en avait déjà changé le but. (Gide, p. 179 et 180. Ils allèrent même jusqu'à lui dénier la raison. Les canons étaient sévères pour elle: « *Mulier non est facta ad imaginem Dei..... hinc apparet quemadmodum subditas feminas viris et pene famulas lex esse voluerit uxores.* » (Can. 13-19, *Caus.* XXXVIII, 9. 5). Les juristes vont trouver le moyen d'être plus sévères encore, avec un principe moins élevé et moins de convenance dans la forme: « *Multis placet mulieres ferme rationis esse expertes: namque divinus ille Plato dubitare videtur utro in genere ponat mulierem, rationalium animalium an brutorum... sunt admodum decipi faciles, ut asserunt Aristoteles et Avicenna, ...sævæ, ambitiosæ, potestatis avidæ... nesciunt retinere arcana*, etc. » (Tiraq. *de lege connub.* gl. I, § 1; v. aussi Boutillier, I, 10, II, 2, et le parti que les romanistes tiraient de l'argument de Calphurnie).

C'est sous ces influences que furent faites et commentées les coutumes. La tradition des origines est perdue, et nos juristes des deux derniers siècles ne paraissent même pas en soupçonner l'existence, Ils rattachent volontiers à la *manus* romaine les dispositions coutu-

mières. C'est en vain qu'ils s'efforcent de comprendre la raison d'être de l'autorisation maritale : ils ne s'aperçoivent pas qu'elle est purement historique. Toutefois, ils arrivent à motiver son existence par des considérations souvent assez exactes, malgré leurs exagérations fréquentes.

Les uns, tels que Pontanus (*Cout. de Blois*, art. 3), Leféron (*Cout. de Bordeaux*, tit. 1, § 3), Peckius (*De testamentis conjugum*, liv. 3, chap. I, N° 1), Tiraqueau (*de leg. connub.* gl. 1, part. 1, N^{os} 72 et s.), prétendent que l'autorisation maritale n'a d'autre raison que la faiblesse des femmes et leur inexpérience des affaires (Merlin, *Répert.*, autorisat. marit., sect. II).

Les autres font reposer la nécessité de l'autorisation sur l'intérêt du mari. Cette opinion est soutenue par Coquille (*Cout. de Nivernais*, chap. 23, art I, quest. 100), d'Argentrée (*Anc. Cout. de Bretagne*, art. 223, gl. 4, N° 2), Depringles (*Cout. de Bourgogne*, tit. 4, art. 1), d'Aguesseau (*Plaidoyer du 3 avril 1691*) et Leprestre (cent. 2, chap. 65).

Une opinion mixte regarde l'autorisation comme requise tant dans l'intérêt de la femme que dans celui du mari. Elle s'appuie surtout sur la rédaction de la coutume de Paris qui dit, dans l'art. 223, que le contrat fait par toute femme non autorisée est nul *tant pour le regard d'elle que de son mari*. Tel est l'avis de Lebrun (*De la communauté*, liv. II. ch. I, sect. I, N° 1).

Enfin une quatrième opinion fonde le motif de l'autorisation sur une sorte de bienséance qui interdit à la femme « toute communication d'affaires avec autrui, sans le vu et le congé de son mari pour éviter suspicion. » C'est l'opinion du Président Bouhier, dans ses *Observations sur la coutume de Bourgogne* (chap. 19).

Merlin partage le sentiment du Président Bouhier, au moins quant aux coutumes qui exigent l'autorisation en matière testamentaire. Quant aux autres coutumes, il estime que les raisons varient avec les contrées : « Nous ne saurions croire, dit-il, que tous les rédacteurs de nos lois municipales aient eu sur cette matière les mêmes vues et se soient conduits par les mêmes motifs. On pouvait penser d'une manière à Paris et d'une autre à Bordeaux. Ici, l'assujettissement de la femme à la puissance maritale paraissait devoir seul emporter contre elle une défense absolue de faire aucun acte sans l'autorité de son mari. Là, on ne s'occupait que des intérêts de celui-ci, et, dès qu'ils étaient en sûreté, on ne s'inquiétait plus de la femme. Ailleurs, l'un et l'autre époux fixaient à la fois les regards du législateur ; et, en défendant à l'un de contracter sans la participation de l'autre, c'était à leur avantage commun qu'il entendait pourvoir. » (Merlin, *répert.*, Autorisat. marit. Sec. 2).

Originairement, la femme est frappée d'incapacité pour presque tous les actes de la vie civile. Le chapitre XXXVIII des *Assises de Jérusalem* nous le dit formellement : « Et devez savoir que si la femme qui est mariée faisait gagière, don vente, ou telle chose sans l'octroi de son baron, il ne vaut rien, et le baron le peut défaire. » Plus tard, l'autorisation n'est plus exigée que pour les actes déterminés par chaque coutume. C'est ainsi que, d'après la coutume d'Orléans « femme mariée ne peut donner, aliéner, disposer, ni aucunement contracter entre-vifs, sans autorité et consentement de son mari. » (*Puissance du mari*). Certaines coutumes, et parmi elles celle de Normandie, vont même jusqu'à exiger l'autorisation en matière testamentaire. Cette disposition est du

reste condamnée par Pothier. Nous ajouterons que la règle générale ci-dessus énoncée, cesse de s'appliquer dans certaine situation où peut se trouver la femme, par exemple, lorsqu'elle est séparée de biens ou marchande publique, lorsqu'elle veut tirer son mari de prison ou défendre à une action criminelle intentée contre elle.

Quant à la manière dont l'autorisation doit être donnée, on distingue entre les actes judiciaires et les actes extrajudiciaires.

Pour les actes extrajudiciaires, on fait une sous-distinction : s'agit-il des actes de simple administration, on se contente d'une autorisation générale ; pour tous les autres actes, l'autorisation doit être expresse et contenir le terme propre : « *autoriser*. » « Ce terme est comme sacramentel, dit Pothier, et je ne vois guère que celui d'*habiliter* qui puisse paraître équipollent. » (*Puissance du mari*, N° 68).

Quant aux actes judiciaires, le simple consentement du mari, sans termes sacramentels, suffit. « La raison, nous dit Ferriere (*Dictionnaire de droit et de pratique*, v°, autorisation du mari en pays coutumiers), provient de l'autorité des jugements, et de ce qu'on présume que tout s'y passe sans frande et sans surprise, le juge ne devant avoir pour guide que la raison et la loi ; mais dans les choses qui se passent hors jugement, il pourrait y avoir beaucoup de surprise. C'est pourquoi il faut y apporter plus de précaution. Ainsi la faveur de la femme et de ses biens, pour la conservation desquels le public doit s'intéresser, requiert une autorisation expresse. »

L'effet de l'autorisation est de rendre la femme aussi capable qu'une fille ou qu'une veuve. Mais que décider dans l'hypothèse contraire ? Autrement dit, quelle est la

sanction du défaut d'autorisation ? Cette sanction consiste en une nullité absolue ou relative, suivant que l'on prétend trouver dans tels ou tels motifs le fondement de l'autorisation.

Ainsi, la nullité est absolue aux yeux de ceux qui basent la cause de l'autorisation sur une sorte de bienséance. Toute personne à qui l'acte passé par la femme a porté quelque préjudice peut se prévaloir de cette nullité.

Elle est, par contre, relative pour ceux qui fondent la nécessité de l'autorisation sur l'intérêt de la femme ou sur celui du mari. Dans le premier cas, la femme seule a le droit de réclamer l'annulation ; dans le second, ce même droit appartient au mari seulement. Enfin, dans le système mixte, la nullité est aussi purement relative, mais alors le droit d'attaquer l'acte appartient aux deux époux concurremment.

La demande en nullité dure trente ans. La femme étant présumée ne pas oser, par crainte de la puissance maritale, intenter pendant le mariage les actions qu'elle a contre les tiers lorsqu'elles peuvent réfléchir contre son mari, la prescription est suspendue à son profit *durante matrimonio*. On applique l'adage juridique : « *Contra non valentem agere non currit præscriptio.* » Nous verrons tout à l'heure qu'il en est de même aujourd'hui.

Telle est l'évolution historique de la théorie de l'autorisation maritale, depuis son origine jusqu'à la Révolution et à la rédaction du Code. Mais il ne faut pas oublier qu'une grande partie de la France a échappé jusqu'à la même époque à l'application de ce droit. Tandis en effet qu'on exigeait rigoureusement l'autorisation maritale dans les pays de coutume, par contre elle n'était pas requise dans les pays de droit écrit, qui comprenaient les ressorts

des parlements de Grenoble, d'Aix, de Toulouse, de Bordeaux, plus certains pays tels que le Mâconnais, le Lyonnais, le Beaujolais, le Forez, l'Auvergne et la Marche.

Le Code a étendu à toute la France les dispositions coutumières, et le droit germanique a depuis trois quarts de siècle étendu sa domination jusqu'aux Pyrénées, aux Alpes et à la Méditerranée; mais le Code a atténué en certains points de détail la rigueur des principes coutumiers. Il a donc établi une transaction, mais une transaction où le droit germanique a pris presque partout la place du droit romain.

CHAPITRE PREMIER.

FONDEMENT DE L'INCAPACITÉ DE LA FEMME MARIÉE.

Montaigne a dit que souvent les lois se maintiennent parce qu'elles sont lois, et que dans leur existence est toute leur vertu (*Esprit des lois*, liv. III, ch. XII). On commence à soutenir que l'incapacité de la femme mariée est au nombre de ces lois. — Il est certain que sa principale raison d'être est en effet son existence. Sa présence dans nos lois résulte en fait du hasard de l'invasion germanique et des vicissitudes qui ont transformé le *mundium*. Mais cependant quand une institution est absolument fausse comme principe, elle disparaît assez vite. Pourquoi donc l'incapacité de la femme subsiste-t-elle encore ? C'est qu'elle obvie en réalité à un certain nombre d'inconvénients.

Le maintien de l'incapacité dans l'ancien droit, et surtout son extension à toute la France faite par les rédacteurs du Code, soulève donc le grave problème du

fondement, non pas historique, mais *pratique*, de cette incapacité. « Ce premier point est capital, et tout le reste en dépend, du moins la solution des difficultés les plus graves y est subordonnée, » dit M. Demolombe, dans le chapitre relatif au fondement de l'autorisation maritale (t. IV, N° 113).

Trois systèmes sont en présence.

Premier système. — L'autorisation est exigée dans l'intérêt de la puissance maritale.

En effet, les filles majeures et les veuves ne sont pas incapables. Cette observation prouve donc que l'incapacité n'est pas fondée sur la faiblesse et l'ignorance du sexe.

Pothier partageait ce sentiment : « On peut, dit-il, définir l'autorisation du mari qui est nécessaire à la femme, un acte par lequel le mari habilite sa femme pour quelque acte qu'elle ne peut valablement faire que dépendamment de lui. Le besoin qu'a la femme de cette autorisation de son mari n'est pas fondé sur la faiblesse de sa raison, car une femme mariée n'a pas la raison plus faible que les filles et veuves qui n'ont pas besoin d'autorisation.

La nécessité de l'autorisation du mari est fondée sur la puissance que le mari a sur sa femme, qui ne permet pas à sa femme de rien faire que dépendamment de lui. (*Puissance du mari*, N° 3).

Le Président Bouhier (*Observations sur la coutume du duché de Bourgogne)* dit également : « les bonnes mœurs et l'honnêteté publique ne permettent pas à la femme d'avoir communication d'affaires avec autrui sans le vu et le congé de son mari pour éviter la suspicion. »

Nous ferons à ce système les objections suivantes : les rédacteurs du Code n'ont pas pu fonder l'incapacité de la femme mariée sur la puissance maritale, car cette incapa-

cité devrait être absolue, ce qui n'est pas. En effet, la femme peut valablement, sans autorisation, faire son testament (art. 226 et 905), reconnaître un enfant naturel né avant le mariage d'un autre que de son époux (art. 337); administrer ses biens, lorsqu'elle est mariée sous le régime de séparation de biens ou sous le régime dotal, quant à ses paraphernaux, et même sous tout autre régime, lorsqu'elle s'est réservé l'administration de ses biens, par contrat de mariage. — Si l'autorisation était exigée par respect pour la puissance maritale, le mari mineur pourrait autoriser sa femme, or il n'en est rien. — Comment admettre que la justice puisse autoriser la femme à défaut du mari, si le respect dû au mari est la cause de son incapacité? — Comment comprendre aussi que la femme puisse opposer la nullité résultant du défaut d'autorisation (art. 225), si cette nullité est née de la violation de la puissance maritale?

Deuxième système. — L'incapacité de la femme mariée a pour cause la faiblesse du sexe *(infirmitas et imbecillitas sexus).*

La femme majeure qui ne se marie pas se juge assez expérimentée pour se passer d'un protecteur; de là, la liberté dont elle jouit de gérer sa fortune comme elle l'entend. Celle, au contraire, qui se marie cherche une protection dans le mariage : elle reconnaît qu'elle n'est pas suffisamment apte à la direction de ses affaires; de là, l'incapacité qui la protège contre elle-même.

« Il est constant, disait Favard au Tribunat, que la loi a déclaré la femme incapable de s'engager afin de la garantir de sa faiblesse et sauver sa fortune. »

Ce système est en désaccord avec la réalité, car l'on peut dire qu'en général la femme est aussi intelligente que

l'homme et que son aptitude aux affaires est la même. En tous les cas, à supposer que l'incapacité de la femme mariée soit motivée par son « *imbecillitas*, » il faudrait, pour être logique, y soumettre aussi les filles majeures et les veuves ; or nous savons qu'il faut faire une distinction. En outre, l'action en nullité devrait appartenir à la femme seule, tandis qu'elle est accordée aux deux époux et à leurs héritiers.

Il n'est pas non plus conforme au droit coutumier. — Au XII[e] siècle, nous voyons, dans les *Assises de Jérusalem*, que si la femme a cautionné la dette d'un tiers, sans le consentement du mari, ce dernier ne pourra pas demander l'annulation de l'obligation, mais les effets du cautionnement seront suspendus jusqu'à la dissolution du mariage. — Au XIII[e] siècle, Beaumanoir déclare que « les engagements sans consentement n'obligent pas le mari ; si la femme avant le mariage a contracté des obligations, leur effet sera suspendu pendant la durée du mariage. »

Ainsi les effets des obligations seront interrompus pendant le mariage, et revivront après. Ce n'est donc pas à l'*imbecillitas sexus* qu'il faut attribuer la décision des Assises et de Beaumanoir, car la femme est toujours restée la même, avant, pendant et après son mariage.

Troisième système. — La nécessité de l'autorisation est fondée sur la puissance maritale, et sur les intérêts collectifs du mariage.

En effet, on ne peut pas dire que l'intérêt de la puissance maritale soit le seul motif de l'incapacité de la femme. S'il en était ainsi, le mari seul aurait le droit de faire annuler les actes que la femme a passés sans autorisation ; or, nous l'avons déjà vu, ce droit appartient également à la

femme et à ses héritiers. De plus, lorsque, par suite d'une condamnation à une peine affiictive et infamante, le mari perd le droit d'exercer la puissance maritale (art. 221), la femme devrait recouvrer sa capacité pleine et entière, or elle se trouve soumise à l'autorisation de la justice. Enfin, le mari quoique mineur devrait pouvoir autoriser sa femme, or, d'après l'art. 224, en cas de minorité du mari, c'est à la justice qu'est réservé le soin d'autoriser la femme.

Il est plus vraisemblable d'admettre que le législateur s'est surtout préoccupé de la bonne administration du ménage. En effet, la dualité de direction serait plus nuisible que profitable aux intérêts matrimoniaux, et le mari, en sa qualité de chef de famille, se trouve naturellement désigné pour la conservation des biens de la communauté. M. Demolombe (t. IV, N° 117) qui adopte ce système s'exprime ainsi : « Elle n'est pas (la nécessité de l'autorisation) un acte de tutelle qui ait pour but de protéger la femme elle-même personnellement, particulièrement, dans ses intérêts pécuniaires considérés comme distincts des intérêts matrimoniaux. La femme elle-même personnellement, la femme considérée *de par soi*, comme disait Guy-Coquille, n'est pas incapable à raison de son sexe, elle n'est pas en tutelle, son incapacité ne procède que du double droit qui appartient à son mari : 1° de diriger sa personne, 2° de veiller, dans l'intérêt commun de la famille, à la conservation de ses ressources. » (Aubry et Rau, t. IV, § 472.)

CHAPITRE II.

ÉTENDUE DE L'INCAPACITÉ DE LA FEMME MARIÉE.

L'incapacité de la femme mariée ne constitue qu'une exception. C'est la capacité qui est la règle. Cela ressort d'une manière évidente de l'art. 1123 ainsi conçu : « toute personne peut contracter, si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi », et de l'art. 1124 : « les incapables de contracter sont.... les femmes mariées dans les cas exprimés par la loi. » Il n'en peut être autrement, car nous ne voyons nulle part que la loi ait considéré le mariage comme un motif de déchéance pour la femme. Nous remarquerons toutefois que l'article 217, qui est fondamental en notre matière, défend à la femme de faire les actes les plus importants sans autorisation. Il en résulte, et nous le constaterons bientôt, que sa capacité est fort restreinte.

Laurent (t. III, § 97) déclare au contraire que l'incapacité de la femme est la règle. Il se fonde sur la raison de l'incapacité qui est générale, et non spéciale aux actes déterminés dans les art. 215 et s. On peut répondre que les incapacités sont de droit étroit et ne se présument pas. Si le législateur avait l'intention de rendre générale l'incapacité, il devait se prononcer à cet égard. On ne peut vraiment arguer des raisons de l'incapacité pour la déclarer générale, quand on songe que ces raisons sont de pures explications données à une coutume invétérée dont la véritable raison est son existence même. Il n'y a pas, en effet, une seule des explications données qui puisse satisfaire et cadrer exactement avec les autori-

sations et les prohibitions écrites dans la loi. Dans ces conditions il est, croyons-nous, préférable d'interpréter restrictivement les incapacités, et de comprendre la loi comme on comprendrait certainement, par exemple, l'article 134 du Code italien qui nous a emprunté, en la restreignant d'ailleurs, la nécessité de l'autorisation.

L'incapacité de la femme commence avec le mariage et ne cesse qu'à sa dissolution. La séparation de corps, pas plus que la séparation de biens, n'y met fin. Il est vrai que la loi ne parle que de la séparation de biens (art. 215 et 217), mais comme la séparation de corps entraîne toujours la séparation de biens (art. 311), il s'ensuit que les articles précités comprennent implicitement la femme séparée de corps.

L'autorisation est exigée soit pour les actes judiciaires (art. 215), soit pour les actes extra-judiciaires (art. 217).

SECTION I.

ACTES QUE LA FEMME NE PEUT JAMAIS FAIRE SANS AUTORISATION.

§ I. — *Des actes judiciaires.*

L'article 215 est ainsi conçu : « La femme ne peut ester en jugement sans l'autorisation de son mari, quand même elle serait marchande publique, ou non commune ou séparée de biens. »

Ainsi, d'après cet article, la femme mariée ne peut ester en jugement, c'est-à-dire plaider, soit comme demanderesse, soit comme défenderesse, si elle n'a obtenu l'autorisation de son conjoint. Cela s'explique par la

raison qu'un procès peut avoir des conséquences fort graves, et qu'il serait imprudent à la femme de s'y engager sans l'approbation de son mari. Cette règle est générale, et s'applique tant en matière civile qu'en matière criminelle. Nous trouverons cependant deux exceptions à ce principe.

L'autorisation est nécessaire sous quelque régime que la femme soit mariée, lors même qu'elle serait marchande publique. Il n'en était pas de même dans l'ancien droit (v. Pothier, *Traité de la puissance du mari*, N^os^ 61 et 62). Le législateur a pensé, avec raison, qu'un procès n'est pas un acte de commerce.

Quelle que soit l'espèce d'instance dont il s'agit, la femme est obligée de requérir l'autorisation. C'est ainsi que, selon nous, elle ne peut poursuivre l'interdiction de son mari, sans y être autorisée. Il est vrai que l'article 490 autorise la femme à provoquer elle-même cette interdiction. Mais devant les termes absolus de l'article 215 qui ne distingue pas, nous croyons devoir maintenir la nécessité de l'autorisation (Demol. t. IV, N° 126; Lyon, 8 juin 1872, D., p. 1873, III, 7. — *Contra*, Toulouse, 8 février 1823, Sirey, 1823, II, 130).

Nous croyons aussi que l'autorisation serait nécessaire à la femme, pour défendre à une poursuite en interdiction intentée contre elle. Il faut supposer nécessairement que l'interdiction est provoquée par un autre que le mari, car si la demande était formée par le mari lui-même, il serait censé autoriser sa femme à se défendre (Cassat. 9 janv. 1822, D., 1822, I, 49; 8 mars 1875, D., p. 1875, I, 482; 18 mars 1878, D., 1878, I, 201. — Aubry et Rau, t. IV, § 472; Demol. t. IV, N° 125).

La femme a-t-elle besoin de l'autorisation pour demander

la nullité de son propre mariage? La négative a été soutenue par le motif que la femme ne peut pas procéder comme femme mariée, dans l'instance même où elle conteste la validité de son mariage. Nous répondrons avec M. Demolombe, qu'il ne faut pas mettre l'effet avant la cause. En demandant la nullité de son mariage, la femme reconnait qu'il existe, quant à présent du moins; or s'il existe, il doit produire ses effets tant qu'il n'a pas été annulé (Demol. t. IV N° 127. — Aubry et Rau, t. IV, § 472. — Cassat. 21 janvier 1845, Dev. 1845, I, 366; 10 février 1851, Dev. 1851, I, 202).

Mais, *quid*, si la femme oppose la nullité de son mariage reconventionnellement, c'est-à-dire comme moyen de défense à une demande intentée contre elle par son mari? Il faut décider que le mari, par le seul fait d'intenter une action contre sa femme, l'autorise à se défendre par des demandes reconventionnelles.

La femme ne pourrait pas, sans autorisation, former une demande en séparation de corps (art. 878 C. de Proc). ou en séparation de biens (art. 875, id.) Remarquons en passant que ce n'est plus le mari, mais le président du tribunal qui accordera l'autorisation.

L'autorisation du mari est exigée quel que soit le tribunal saisi : peu importe que ce soit un tribunal civil, un tribunal de commerce, un tribunal répressif ou une justice de paix. La femme aurait également besoin d'être autorisée en conciliation, car un procès pourrait avoir lieu si la conciliation ne réussissait pas (Cassat., 3 mai 1808, Sirey, 1808, I, 310).

L'autorisation doit être donnée pour tous les degrés de juridiction, pour la première instance, comme pour l'appel et le pourvoi en cassation. La seule question qui puisse

présenter des difficultés est celle de savoir si l'autorisation donnée pour le premier degré l'est aussi pour le second, et si donnée pour le premier ou pour le second, elle l'est aussi pour le pourvoi en cassation. Nous l'examinerons ultérieurement.

Lorsque l'instance a été commencée avant le mariage, la femme ne pourra pas poursuivre le procès sans autorisation, à moins que la cause ne soit en état au moment du mariage (art. 342 et s. C. de pr.) Cela est juste, car le changement qui s'est opéré dans la personne de la femme n'a pu modifier sa capacité.

Nous avons dit précédemment que le principe suivant lequel la femme ne peut ester en jugement soit comme demanderesse, soit comme défenderesse, sans autorisation, souffre deux exceptions. Les voici :

1° La femme qui, en général, ne peut agir comme demanderesse sans l'autorisation maritale, peut, sans aucune autorisation, présenter la requête préalable à une demande en séparation de corps ou de biens (art. 865, 875, 878, C. de pr.)

2° L'article 216 nous dit que « l'autorisation du mari n'est pas nécessaire, lorsque la femme est *poursuivie* en matière criminelle ou de police. » Quel est le motif de cette exception ?

« Lorsqu'une femme est accusée, dit Valin (sur *la Coutume de la Rochelle*, art. 22, N° 43), qu'elle soit innocente ou coupable, il est naturel qu'elle ait droit de se défendre, au lieu que lorsqu'elle se plaint, il n'est pas sûr qu'elle ait raison : il convient donc que, pour agir, elle soit autorisée de son mari ou de la justice. » Portalis (Locré, t. IV, p. 583) dit également : Alors l'autorité du mari disparaît devant celle de la loi, et la nécessité de la

défense naturelle dispense la femme de toute formalité. »

Ce n'est pas là le vrai motif, car la défense est aussi bien de droit naturel en matière civile qu'en matière criminelle. Voici, croyons-nous, la véritable pensée de la loi.

En matière civile, le mari et la justice peuvent, dans certains cas, refuser justement, utilement, l'autorisation que sollicite la femme de plaider comme défenderesse. Il se peut, en effet, que sa défense soit le résultat d'un entêtement ridicule et injuste. Ce refus d'autorisation amènera contre elle une condamnation par défaut, car la femme défenderesse sans autorisation est réputée défaillante ; mais cela ne vaut-il pas mieux qu'une condamnation contradictoire, après beaucoup de temps perdu, et avec des frais énormes à supporter ?

Il n'en est pas de même lorsque la femme est défenderesse en matière criminelle : dans ce cas, elle a toujours intérêt à se défendre, ne fut-ce que pour faire diminuer la peine qu'elle doit encourir. Sa défense étant dans tous les cas utile et juste, on ne peut pas la forcer de se laisser condamner par défaut. Or, si l'autorisation de se défendre ne peut, en aucun cas, lui être refusée justement, à quoi bon la demander (Paris, 3 avril 1879, D., 1880. II, 78).

L'article 216 est-il toujours applicable, par quelque personne que l'action soit formée ? Il faut faire une distinction : la femme peut être poursuivie soit par le ministère public, soit par la partie civile.

Dans le premier cas, tous les auteurs sont unanimes à reconnaître que l'autorisation maritale n'est pas nécessaire.

Dans le second cas, trois hypothèses peuvent se présenter :

1° La partie civile agit devant le tribunal civil.

2° Elle agit conjointement et accessoirement à la poursuite du ministère public devant le tribunal criminel.

3° Elle agit seule et directement devant le tribunal criminel.

Dans la première hypothèse, la femme doit certainement être autorisée parce qu'on ne peut plus dire qu'elle soit poursuivie en matière criminelle. L'article 215 recouvrera donc son application (Demol. t. IV, N° 142; Laurent, t. III, N° 110).

Dans la seconde hypothèse, la femme poursuivie par le ministère public et la partie civile en même temps n'a pas besoin d'autorisation. La loi, qui la déclare capable de se défendre quant au fait principal, l'habilite par la même quant aux conséquences de ce fait « *Accessorium sequitur principale.* » La partie civile par les preuves qu'elle fournit, aide d'ailleurs le ministère public à prouver le délit; il faut donc que la femme puisse se défendre contre elle. L'article 359 du Code d'Instruction criminelle confirme d'ailleurs ce système : il permet, à la partie lésée, de former sa demande même dans le cours du débat, tant que le jugement n'est pas prononcé. Or, cette faculté serait illusoire s'il fallait préalablement assigner le mari. (Aubry et Rau, t. IV, § 472; Demol. t. IV, N° 143; Laurent, t. III, N° 110).

Dans la troisième hypothèse, lorsque la femme est poursuivie devant le tribunal criminel par la partie lésée seule, sans l'être par le ministère public, il y a controverse. On a soutenu que, dans ce cas, la femme ne peut défendre sans autorisation, par la raison que, la partie civile agissant seule, l'action se réduit à un intérêt purement civil et pécuniaire (Aubry et Rau, t. IV, § 472; Laurent, t. III, N° 110).

Nous préférons la négative. Le tribunal criminel saisi de l'action civile doit, avant d'accorder les dommages et intérêts réclamés par la partie lésée, constater le délit. Cette constatation peut amener, contre la femme, une condamnation, car le ministère public qui est présent peut immédiatement conclure à l'application de la peine. Or, du moment que la femme est exposée à subir une peine, elle n'a pas besoin d'autorisation pour se défendre. (Demol., t. IV, N° 143).

§ II. — *Des actes extrajudiciaires.*

L'article 217 est ainsi conçu : « La femme, même non commune ou séparée de biens, ne peut donner, aliéner, hypothéquer, acquérir à titre gratuit ou onéreux, sans le concours du mari dans l'acte ou son consentement par écrit. »

I. — *De l'incapacité d'aliéner.* — La femme mariée ne peut sans autorisation faire aucune aliénation, à titre gratuit ou à titre onéreux, soit de meubles, soit d'immeubles.

Et d'abord, quant aux aliénations à titre gratuit, la défense est absolue. La femme ne peut, sans autorisation, faire aucune donation entre-vifs de meubles ou d'immeubles, sous quelque régime que les époux soient placés. Elle est, par conséquent, incapable de faire une institution contractuelle, car pour faire une institution de ce genre, il faut avoir la même capacité que celle qui est exigée pour la donation entre-vifs. (Aubry et Rau, t. VI, § 739).

La femme ne peut non plus aliéner ses immeubles ou ses meubles. Toutefois en ce qui concerne les meubles, le

Code a introduit des exceptions. En effet, lorsque par suite du régime matrimonial sous lequel elle est mariée, ou par suite de clauses insérées dans le contrat, la femme a conservé l'administration de tout ou partie de ses biens elle pourra aliéner à titre onéreux son mobilier, pourvu cependant que l'aliénation rentre dans les actes d'administration. Cela se présentera soit par l'effet d'une séparation de biens judiciaire (art. 1449), soit par l'adoption du régime de la séparation de biens contractuelle (art. 1536) ou du régime dotal avec paraphernaux, soit enfin dans tout autre régime par l'insertion, au contrat, d'une clause portant que la femme se réserve l'administration de ses biens.

II. — *De l'incapacité d'hypothéquer.* — L'article 217 défend à la femme mariée d'hypothéquer ses immeubles sans autorisation. Cela ne peut faire aucun doute puisque la capacité d'aliéner et celle d'hypothéquer sont corrélatives. « Les hypothèques conventionnelles, dit l'article 2124, ne peuvent être consenties que par ceux qui ont la capacité d'aliéner les immeubles qu'ils y soumettent. »

III. — *De l'incapacité d'acquérir.* — La femme est incapable de faire aucune acquisition de meubles ou d'immeubles, à titre gratuit ou onéreux, sans être autorisée. On a voulu, avec raison, que le mari puisse apprécier le caractère des donations que son épouse accepte. Il y a là une question de bonnes mœurs et de moralité.

En ce qui concerne les acquisitions à titre gratuit, la défense est absolue. Il est vrai que, aux termes de l'article 9 de l'Ordonnance de 1731, la femme mariée sous le régime dotal pouvait recevoir, sans autorisation,

un bien qui lui était donné pour lui tenir lieu de paraphernal, mais le Code n'a pas maintenu cette exception.

La femme mariée est également incapable d'acquérir à titre onéreux sans autorisation. C'est une conséquence de la défense qui lui est faite d'aliéner sans y être autorisée par son conjoint. En effet, en acquérant à titre onéreux, elle aliène ses valeurs mobilières ; or, nous savons qu'elle ne peut aliéner sans autorisation.

L'incapacité d'acquérir à titre onéreux s'applique tant aux meubles qu'aux immeubles. Nous verrons, cependant, que la femme séparée de biens, peut, dans une certaine mesure, faire des acquisitions de meubles ou d'immeubles, pourvu qu'elles rentrent dans les actes d'administration.

IV. — *De l'incapacité de s'obliger.* — L'article 217 qui déclare la femme incapable de donner, d'aliéner, d'hypothéquer et d'acquérir à titre gratuit ou onéreux, ne dit point qu'elle est incapable de s'obliger. Ce qui rend son silence fort significatif, c'est qu'on a rejeté la proposition du Tribunat qui demandait qu'on insérât le mot *s'obliger* dans l'énumération des actes dont la femme est incapable.

De là, la question de savoir si la femme peut, sans autorisation, contracter valablement des obligations personnelles?

Il est certain que la femme qui administre elle-même ses biens, peut s'obliger par des contrats relatifs à l'administration (art. 1449). Mais, *quid*, si le contrat par lequel elle s'oblige est étranger à cette administration? Il faut décider que son obligation est nulle. Cela résulte implicitement : 1° de l'article 217 qui défend à la femme de faire, sans autorisation, aucune aliénation à titre gratuit et aucune acquisition à titre onéreux ; 2° de l'article 220 qui

permet à la femme marchande publique de *s'obliger* pour ce qui concerne son négoce, sans autorisation ; enfin, 3° des articles 221, 222 et 224 qui exigent qu'elle soit autorisée pour *contracter;* or, contracter, c'est s'obliger ou aliéner par convention. Nous dirons donc, pour conclure, que la femme ne peut s'obliger (Demol., t. IV, n° 163; Aubry et Rau, t. IV, § 516. — Cassat., 30 Déc. 1862. Dev. 1863, I, 257).

Si les rédacteurs du Code n'ont point, quoique le Tribunat en ait fait la proposition, mentionné, dans notre article, l'incapacité de s'obliger, c'est parce qu'ils ont craint que l'expression *s'obliger* ne fit naître cette fausse idée que l'incapacité de la femme s'étend même aux obligations nées de ses délits ou quasi-délits. Il est certain que la femme non autorisée est néanmoins, obligée par ses délits et ses quasi-délits, car l'article 1382 est général et s'applique à toute personne.

La femme est encore valablement obligée sans autorisation, lorsqu'il s'agit d'une obligation qui procède directement de la loi. Ainsi la femme sera obligée par la gestion d'une tutelle à laquelle elle a été appelée. (Aubry et Rau, t. IV, § 472; Demol., t. IV, N° 176.)

La femme pourra-t-elle être obligée, sans autorisation, par suite d'un quasi-contrat? La question doit être envisagée sous un double point de vue :

1° L'obligation résulte-t-elle du fait d'un tiers, par exemple, un tiers a-t-il géré les affaires de la femme, celle-ci sera tenue non seulement de l'action *de in rem verso* mais encore de l'action *negotiorum gestorum contraria,* si la gestion a été originairement utile. (Aubry et Rau, t. IV, § 472; Demol., t. IV, N° 177; Laurent, t. III, N° 101.)

2° L'obligation résulte-t-elle du fait de la femme, elle est nulle. Il en était ainsi dans l'ancien droit. « Ce qu'on voulait et ce qu'on veut encore, dit M. Demolombe, c'est que la femme ne puisse pas par sa volonté, par son intention, par son fait personnel enfin, aliéner ou s'obliger sans autorisation : c'est sa volonté qu'on fait dépendante! Tel est le but essentiel du principe de l'autorisation. » (T. IV, N° 179.)

Ainsi, lorsque sans y avoir été autorisée par son mari, elle gère l'affaire d'une personne absente, elle n'est obligée ni envers les tiers avec lesquels elle a contracté en son nom, pour le besoin de la gestion, ni même envers le maître, à moins toutefois qu'il ne soit démontré que la gestion dont elle s'est chargée a été imprudemment entreprise : car cette gestion constituerait alors une faute, c'est-à-dire un quasi-délit, qui l'obligerait envers le maître. (Demol., t. IV, N° 181; Aubry et Rau, t. III, § 441 ; Laurent, t. III, N° 101).

SECTION II

ACTES QUE LA FEMME MARIÉE PEUT FAIRE SANS AUTORISATION.

§ I. — *Actes que la femme mariée peut faire sans autorisation, parce qu'ils ne lui sont pas interdits par les articles 215 et suivants.*

Par exemple, elle peut faire les actes d'administration lorsque, par son contrat de mariage, elle s'est réservé e droit d'administrer sa fortune en tout ou en partie.

Elle peut encore faire tous les actes conservatoires de sa

fortune acquise, pourvu qu'ils soient de telle nature qu'elle ne soit pas obligée, pour les faire, d'ester en justice. Que lui défend, en effet, la loi? 1° d'ester en justice; 2° de faire des actes d'aliénation ou d'acquisition; 3° de s'obliger. Mais là s'arrêtent ses prohibitions. La femme peut donc, à elle seule, pourvu qu'il ne s'agisse pas d'ester en justice, faire tous les actes qui ne renferment ni acquisition, ni aliénation, ni obligation, c'est-à-dire les actes simplement conservatoires de sa fortune acquise. C'est ainsi qu'elle peut faire une sommation à ses débiteurs à l'effet de les constituer en demeure, ou un protêt pour assurer ses droits contre les endosseurs d'une lettre de change. La loi, quant à ces actes, lui permet d'agir seule, parce qu'ils sont de telle nature qu'ils ne peuvent que lui profiter, sans nuire jamais à son mari.

La femme qui a ordonné ces actes est valablement obligée de payer, à l'huissier qui les a faits, les frais qu'ils ont occasionnés. La capacité qu'elle a de faire l'acte lui-même emporte implicitement la capacité accessoire de faire ce qui est nécessaire pour l'accomplir : qui veut la fin, veut le moyen.

Par une juste réciprocité, nous déciderons que les tiers pourront, valablement, exercer des actes conservatoires contre la femme non autorisée.

La femme peut encore, sans autorisation, révoquer un mandat qu'elle a donné, sans distinguer si le mandataire est un tiers ou son mari lui-même (Caen, 15 Juillet 1824, Sirey, 1825, II, 177; Demol. t. IV, N° 186).

§ II. — *Actes que la femme peut faire valablement sans autorisation, parce que la loi l'en a dispensée.*

Nous avons déjà vu que l'article 216 permet à la femme d'ester en justice sans autorisation, lorsqu'elle est défenderesse en matière criminelle, correctionnelle ou de police. Nous ne reviendrons pas sur cette exception.

Les articles 226 et 905 permettent à la femme de tester sans autorisation, et cela pour deux raisons : 1° le testament devant être exclusivement l'œuvre de la volonté personnelle du testateur, il importe que la femme qui le fait soit libre de toute influence étrangère, ce qui n'aurait pas lieu si elle ne pouvait le faire qu'avec l'autorisation de son mari ; 2° le testament ne porte aucune atteinte à l'autorité maritale, puisqu'il ne doit produire ses effets qu'à l'époque où elle aura cessé d'exister, c'est-à-dire au décès de la femme.

Notre ancien droit reconnaissait cette faculté à la femme ; aussi Valin disait-il, sur *la Coutume de la Rochelle* (t. I, p. 557) : « Si la femme vit dans une espèce d'esclavage, au moins est-il vrai qu'elle meurt libre, et comme le testament a trait à la mort, qui l'affranchit de la puissance de son mari, il s'ensuit que la femme n'a nullement besoin de l'autorisation de son mari pour tester. » Toutefois, nous l'avons déja dit, certaines coutumes, et notamment celle de Normandie, exigeaient l'autorisation maritale.

De même qu'elle peut tester, la femme peut également révoquer son testament.

Elle a encore le droit de consentir au mariage de ses enfants (art. 148 et 149) ; d'accepter pour eux les donations qui leur sont offertes (art. 935) ; de faire

transcrire celles qu'elle a valablement acceptées pour son propre compte (art. 940) ; de révoquer celles qu'elle a faites à son mari pendant le mariage (art. 1096) ; de faire inscrire l'hypothèque que l'article 2121 lui confère sur les biens de son mari (art. 2139).

Elle peut aussi acquérir sans autorisation par accession (art. 546-577), par occupation (art. 715-717), et par prescription (art. 2219).

Le droit de faire entre ses descendants le partage testamentaire dont parlent les art. 1075 et suivants lui appartient également.

Conformément à l'article 1990, la femme mariée peut accepter un mandat sans autorisation ; mais, comme elle ne peut pas plus s'obliger par le contrat de mandat que par tout autre, si plus tard le mandant la poursuit (pour reddition de compte, par exemple), elle pourra opposer la nullité résultant du défaut d'autorisation (Aubry et Rau, t. III, § 411 ; Demol., t. IV, N° 166).

Il est hors de doute que si, dans l'exécution du mandat qu'elle a accepté sans autorisation, elle s'est rendue coupable de détournements ou simplement enrichie, elle sera tenue soit de l'action résultant de son délit, soit de l'action *de in rem verso* (Aubry et Rau, *loc. cit.*)

Elle peut enfin reconnaître un enfant naturel né avant le mariage. L'article 337 suppose, évidemment, ce droit pour chacun des époux. Dans le cas d'une reconnaissance faite pendant le mariage, il décide qu'elle ne peut produire d'effets à l'encontre du mari, ni des enfants nés du mariage. La femme, du reste, accomplit par là un devoir moral pour lequel la loi doit lui laisser la plus entière liberté, tout en sauvegardant les intérêts du mari et des enfants nés du mariage. Ce devoir de la mère

envers son enfant intéresse d'ailleurs la société elle-même, et c'eut été le rendre impossible que de le subordonner à l'autorisation du mari. Quant à l'autorisation de la justice, on a cru sans doute qu'elle n'était pas nécessaire pour une telle déclaration, qui doit être toute personnelle. (Aubry et Rau, t. IV, §§ 472, 568; Demol., t. IV, N° 187).

CHAPITRE III.

FORMES DE L'AUTORISATION.

§ I. — *De sa spécialité.*

L'autorisation doit être *spéciale*. Les articles 223 et 1538 nous le disent formellement, sans distinguer, comme dans l'ancien droit, entre les autorisations accordées par contrat de mariage et celles accordées depuis le mariage. Il en était déjà ainsi du temps de Pothier. « Les autorisations générales portées, dit-il, soit par une procuration, soit même par un contrat de mariage par lequel un mari autorise sa femme à disposer comme bon lui semblera de ses immeubles, à les aliéner, à les hypothéquer, sont regardées comme nulles, et de nul effet, étant contraires aux lois en ce qu'elles tendent à mettre les femmes hors de la dépendance en laquelle les lois veulent que les femmes soient de leurs maris. » (*Puissance du mari*, N° 67).

Il faut se garder de confondre l'autorisation avec le mandat, au point de vue de la spécialité (Laurent, t. III, § 112) Un mari donne à sa femme l'autorisation, conçue en termes généraux, d'emprunter, d'aliéner, d'hypothéquer

les biens de la communauté ou à lui propres. Cette autorisation est parfaitement valable, car c'est au fond un véritable mandat, spécial et exprès, comme l'exigent les articles 1987 et 1988. En effet, l'autorisation maritale ne peut porter que sur des actes qui concernent les biens personnels de la femme. Or, pour ce qui touche les biens propres du mari, la femme ne peut agir en son nom personnel, mais seulement comme mandataire de son mari. Il en est de même quant aux biens de la communauté (Demol. t. IV, N° 204). Il résulte de là, que les articles 223 et 1538 ne recevront leur application que lorsque la femme agira en son propre nom, et traitera sur ses biens personnels ; c'est alors qu'il y aura vraiment lieu à *autorisation* et qu'elle devra être *spéciale*. Mais comment faut-il entendre ce mot « *spéciale*? »

Faut-il que l'autorisation soit donnée pour un acte déterminé d'une manière précise, ou au contraire, peut-elle comprendre un certain genre d'opérations non limitées?

Ainsi un mari autorise sa femme à aliéner ses immeubles *sis à Paris*. L'autorisation est accordée de la manière la plus large; par exemple, il a été stipulé que la femme pourra aliéner quand elle le jugera nécessaire. Cette autorisation est-elle valable, soit qu'elle se trouve dans le contrat de mariage, soit qu'elle n'ait été accordée que depuis le mariage?

Nous ne le croyons pas. Cependant, quelques auteurs adoptent l'opinion contraire, en s'appuyant sur les articles 1987 et 1988 qui donnent une définition des mots *spécial* et *général*; or, cette définition ne permet pas de regarder comme générale l'autorisation qui ne s'applique qu'à certains biens où à certaines affaires seulement. D'après eux, la loi n'a eu d'autre but que d'empêcher les

autorisations illimitées qui tendent, d'après Pothier, « à rendre la femme indépendante du mari et à la soustraire entièrement à sa puissance. » Ils invoquent enfin l'intérêt des deux époux: le mari s'absente pour un temps indéterminé, et prévoit que sa femme sera obligée d'aliéner tels ou tels immeubles. Pourquoi n'aurait-il pas le droit de l'autoriser? (Aubry et Rau, t. IV, § 472).

Cette interprétation des articles 223 et 1538 n'est pas exacte. Il ne faut pas chercher l'explication des mots autorisation *générale*, autorisation *spéciale*, dans les articles 1987 et 1988. Autre chose est un mandat spécial et une autorisation spéciale : c'est ainsi que le mandat d'aliéner tous les immeubles du mandant serait spécial, dans le sens de l'article 1987, puisqu'il serait relatif à une certaine affaire seulement, tandis qu'une semblable autorisation est expressément prohibée par l'article 1538, donc le mot *spécial* n'a pas le même sens dans les deux cas ; donc ce qui ne serait qu'un mandat spécial peut constituer une autorisation générale.

Il est préférable de donner aux mots « autorisation spéciale » le sens qu'ils avaient dans l'ancien droit. Lebrun nous dit à ce sujet: « J'estime que les autorisations doivent être spéciales en chaque affaire et en chaque contrat. » (*Communauté*, liv. 2, chap. 1, section IV, N° 8). — « L'autorisation du mari, dit Pothier, doit être spéciale pour tel ou tel acte, » (*Introduc. au titre X de la coutume d'Orléans*). — « Elle doit être expresse et spéciale pour le contrat qui se passe. » (*Puissance du mari*, N° 67). — D'Aguesseau, dans son *plaidoyer du 3 avril 1691*, dit également: « Il faut une autorisation expresse et spéciale et *ad rem quæ geritur accomodata*. » Tel est le sens donné autrefois à cette expression ; il

paraît incontestable que le Code, employant les mêmes termes dans le même sujet, les a employés aussi dans la même acception. On nous objecte l'intérêt des deux époux! Mais ils ne seront nullement compromis, car si le mari s'absente, la justice n'est-elle pas là pour autoriser la femme? Le système contraire aboutirait fatalement pour le mari à la déchéance de son droit d'autorisation (Demol., t. IV, N° 207; Laurent, t. III, N° 113; Orléans, 6 juin 1868, D., 1868, II, 194),

Au contraire, l'autorisation donnée à la femme d'aliéner tous les immeubles qu'elle possède actuellement serait spéciale, si les conditions de l'aliénation, l'époque, le prix, étaient déterminés à l'avance. Et cela serait juste, puisque cette autorisation serait donnée en parfaite connaissance de cause. Toutefois, un arrêt de la Cour de Toulouse du 22 mai 1876, a déclaré qu'il n'est pas nécessaire de spécifier le prix et les conditions de la vente. (D., 1876, II, 33).

Le mari pourrait-il donner à un tiers le mandat général d'autoriser sa femme à aliéner ou à emprunter, sans déterminer lui-même quels biens, quelles sommes et à quelles conditions? Non. Si le mari veut autoriser sa femme par mandataire, il devra déterminer lui-même les principales conditions de l'affaire pour laquelle il charge le tiers d'autoriser sa femme. (Demol. t. IV, N° 209; Caen, 15 Juin 1877, Dev., 1877, II, 293; Cassat. 25 Nov. 1878, Dev. 1879, I, 58.

Si la femme elle-même donne au mari un mandat illimité d'aliéner, d'emprunter ou d'hypothéquer, l'autorisation tacite résultant de l'acceptation de ce mandat serait nulle. Il est vrai qu'un pareil mandat est un mandat spécial, dans le sens de l'article 1987; mais nous ferons

remarquer qu'il ne s'agit pas ici du mandat, mais de l'autorisation. Or, l'autorisation est nulle puisqu'elle s'applique à un mandat illimité et indéterminé.

La jurisprudence tranche la question dans ce sens. (Cassat, 18 Mars 1840, Dev. 1840, I, 202; 10 Mai 1853, Dev. 1853, I, 572), ainsi que M. Demolombe : « Je crois, dit-il, que de cela même que l'autorisation du mari doit être spéciale, c'est-à-dire donnée pour chaque affaire, il s'ensuit que le consentement de la femme doit être aussi spécial : ce sont là deux conditions corrélatives, deux termes d'un même rapport; la volonté de la femme et l'autorisation du mari se correspondent; toutes deux s'appliquent au même objet, et ce que la loi exige à cet égard pour l'une, elle l'exige nécessairement aussi pour l'autre. Voilà ce que veut la logique, ce que veulent surtout la sagesse et la prévoyance. » (T. IV, N° 210).

Si par suite du régime sous lequel les époux sont placés le mari est chargé de l'administration de tout ou partie des biens de la femme, et s'il donne à celle-ci le pouvoir de faire un ou plusieurs actes relatifs à cette administration, les articles 223 et 1538 ne sont pas applicables. En effet, dans ces hypothèses il n'y a pas autorisation, mais procuration, la femme agit en qualité de mandataire (Demol., t. IV, N° 205; Aubry et Rau, t. IV, § 472).

Mais il faudrait appliquer le principe de la spécialité dans le cas où la femme, par suite du régime sous lequel elle est mariée, a conservé l'administration de tout ou partie de ses biens. Elle devra être autorisée spécialement toutes les fois qu'elle voudra faire des actes autres que ceux qui sont une conséquence de son droit d'administration (Demol., t. IV, N° 206; Aubry et Rau, t. IV, § 472).

Le principe de la spécialité de l'autorisation souffre deux exceptions.

1° Il résulte de l'article 223 qu'une autorisation générale est valable et suffisante pour permettre à la femme les actes d'administration, lorsque cette autorisation est contenue dans le contrat de mariage.

On conçoit cette exception. L'administration d'un patrimoine se compose d'actes qui se répètent chaque jour : elle serait par conséquent impossible s'il fallait pour chacun d'eux que la femme obtint le concours de son mari ou son consentement par écrit.

2° Lorsque la femme mariée est marchande publique, elle peut, aux termes de l'article 5 du Code de Commerce, « sans l'autorisation de son mari, s'obliger pour ce qui concerne son négoce. » L'autorisation par elle obtenue de faire le commerce la dispense d'en requérir une spéciale à chaque opération commerciale qu'elle veut accomplir.

§ II. — *Comment l'autorisation du mari peut être donnée.*

Nos anciennes coutumes distinguaient entre l'autorisation pour ester en justice et l'autorisation pour contracter. La première pouvait résulter du consentement du mari, de quelque manière qu'il fût exprimé ; mais en matière extra-judiciaire, il fallait une autorisation expresse et sacramentelle.

« Pour que le mari, dit Pothier *(Puissance du mari)*, soit censé avoir autorisé sa femme, il ne suffit pas qu'il ait déclaré par le contrat qu'il y donnait son consentement et qu'il l'approuvait, car l'autorisation est quelque chose de plus qu'un consentement, c'est un acte par lequel il habilite sa femme à faire le contrat. Il est donc absolument nécessaire qu'il déclare, qu'il *autorise* sa femme. Ce terme est comme sacramentel, et je ne vois que celui d'*habiliter* qui

puissse paraître équipollent, » (N° 68.) — « Au contraire, dans les actes judiciaires, il n'est pas nécessaire que le mari déclare qu'il autorise sa femme pour intenter une telle demande, ou pour défendre une telle demande qui ait été intentée contre elle, il est censé suffisamment l'autoriser lorsqu'il est en qualité dans l'instance conjointement avec elle. » (N° 75.)

Le Code civil a rejeté cette différence. Le consentement du mari, de quelque manière qu'il soit exprimé, suffit aujourd'hui tant pour les actes judiciaires que pour les actes extra-judiciaires. Il est vrai que l'article 215 ne dit pas que l'autorisation du mari résulte suffisamment de son concours dans l'instance, mais s'il garde le silence sur ce point, c'est qu'il en était déjà ainsi dans l'ancien droit. Du reste, le mot *assistance* se trouvait d'abord dans l'article à la place du mot *autorisation*, et s'il a été effacé c'est parcequ'il figurait dans l'article 212 avec une autre signification.

L'autorisation du mari peut être expresse ou tacite. L'article 217 mentionne ces deux espèces d'autorisation : l'autorisation expresse, c'est le *consentement par écrit* du mari ; l'autorisation tacite, c'est son concours dans l'acte. L'autorisation expresse peut-elle être verbale ? La raison de douter vient de ce que l'article 217 ne vise que le consentement par écrit.

Certains auteurs nient la validité de l'autorisation verbale en se fondant sur ce que la loi, en employant des termes *restrictifs*, a voulu éviter les procès. Ils opposent également l'article 217 qui exige formellement le consentement par écrit à l'article 4 du Code de Commerce qui dit simplement. « La femme ne peut être marchande publique sans le consentement de son mari. » (Demol., t. IV, N° 193; Laurent, t. III, N° 117.)

L'affirmative est plus généralement admise. L'autorisation, en effet, n'est que la manifestation du consentement; or, cette manifestation n'est soumise à aucune forme particulière. Les expressions finales de l'article 217 sont plutôt *explicatives* que restrictives. Il faut se rappeler que la plupart des coutumes ne se contentaient pas d'une autorisation tacite mais exigeaient une autorisation expresse, et que c'est principalement dans le but de déroger aux dispositions de ces coutumes, que les rédacteurs du Code ont inséré, dans l'article 217, les mots *sans le concours du mari dans l'acte ou son consentement par écrit*, voulant surtout exprimer par là que le concours du mari, c'est-à-dire une autorisation tacite équivaut à son consentement par écrit, c'est-à-dire à une autorisation expresse. Ce qui résulte seulement de l'article 217, c'est que la preuve testimoniale de l'autorisation ne devait pas être admise, quand même il s'agirait d'une valeur inférieure à 150 francs, et quoiqu'il y eût un commencement de preuve par écrit. L'autorisation verbale ne pourra donc être prouvée que par l'aveu des parties (art. 1356) ou par le serment (art. 1361 et 1363). Si nous supposons que le serment a été déféré au mari, il faut déclarer qu'il ne pourra plus désormais attaquer l'acte passé par sa femme, mais celle-ci ou leurs héritiers n'en conserveront pas moins leur action en nullité. (Aubry et Rau, t. IV, § 472. — Paris, 28 Août 1851. Dev. 51, II, 517).

L'autorisation du mari peut être donnée par acte sous seing privé, même dans le cas où l'acte que la femme se proposerait de passer devrait être fait par un acte authentique. L'article 217 n'exige qu'un écrit quel qu'il soit. Cependant un arrêt de la Cour de Cassation du 1er Décembre 1846 a jugé que l'autorisation nécessaire à la

femme pour faire une donation entre-vifs, doit être donnée par un acte authentique, sur le fondement que cette autorisation constitue un des éléments de la donation. Ce motif ne nous paraît pas acceptable, car on ne peut considérer l'autorisation maritale nécessaire pour compléter la capacité de la femme comme un des éléments de la forme de la donation (Aubry et Rau, t. IV, § 472; Demol., t. IV, N° 194; Laurent, t. III, N° 119).

Nos anciens auteurs, Lebrun (*De la communauté*, liv. 2, chap. 1, sect. IV, N° 17) et Pothier (*Puissance du mari*), exigeaient que la femme déclarât dans l'acte même qu'elle était autorisée, faute de quoi le contrat était nul. Il n'en est plus de même aujourd'hui.

L'article 217 fait résulter l'autorisation tacite du concours du mari dans l'acte. Mais quand peut-on dire qu'il y a eu concours du mari dans l'acte, et, par conséquent, autorisation? C'est une question de fait laissée à l'appréciation de la justice. Cependant, il est certain que le mari qui intente une action contre sa femme l'autorise à se défendre. De même, le mari qui fait une donation à sa femme, l'autorise à l'accepter; et s'il en accepte une de sa part, il l'autorise à la faire. Il y a également concours du mari dans l'acte, lorsque les deux époux s'obligent solidairement ou conjointement par le même contrat, ou quand, sans s'obliger, le mari approuve l'engagement de la femme.

Faut-il dire que l'autorisation tacite peut résulter d'autres faits que du concours du mari dans l'acte ?

Certains auteurs font une distinction entre l'autorisation pour faire le commerce et toute autre autorisation, et pensent que pour la première le consentement du mari peut s'induire d'autres circonstances que de son concours,

tandis que pour la seconde le concours du mari dans l'acte est indispensable. Dans ce système, on soutient que l'exception relative à la femme commerçante ne peut que confirmer la règle. En effet, nous voyons par le N° 22 du *Traité de la puissance du mari* (Pothier) qu'il en était ainsi dans l'ancien droit. Enfin, on s'appuie sur l'article 4 du Code de Commerce qui déclare que « la femme ne peut être marchande publique sans le consentement de son mari, » sans exiger son consentement *par écrit*, comme l'exige l'article 217. Cette rédaction est donc intentionnelle. (Demol., t. IV, N° 197; Cassat., 26 juillet 1871; Dev., 1871, I, 65).

Nous croyons qu'il faut admettre le système contraire, et décider que l'autorisation résulterait suffisamment des faits qui établissent d'une manière certaine la participation du mari à l'acte. Du moment que nous admettons qu'elle peut être verbale, pourquoi ne pas admettre également qu'elle puisse résulter de la conduite personnelle du mari? Si l'article 217 ne parle que de son concours dans l'acte, ce n'est pas dans un sens exclusif, mais parce que ce fait se rencontre le plus ordinairement dans la pratique, il n'en résulte pas pour cela que le fait du mari qui a toléré l'acte, ne puisse pas être considéré comme une autorisation. (Aubry et Rau, t. IV, § 472; Paris, 23 Août 1851; Sir., 51, II, 517; 9 Juin 1857; Sir., 57, II, 755; Alger, 19 Mars 1874; D., 1875, II, 59; Rouen, 4 Févr. 1878; D., 1878, II, 258; Cassat., 6 Août 1878; D., 79, I, 400).

§ III. — *A quel moment doit intervenir l'autorisation du mari.*

L'autorisation du mari peut être donnée soit *avant* l'acte, soit *dans* l'acte même pour lequel la femme en a besoin. Cela résulte clairement de l'article 217 qui suppose le concours du mari dans l'acte ou son consentement par écrit.

Mais l'autorisation peut-elle être valablement donnée *après* l'acte ? Le mari peut-il, par une ratification postérieure, rendre cet acte inattaquable d'une manière absolue, c'est-à-dire non seulement renoncer à son action en nullité, mais encore enlever à la femme celle qui lui appartient.

Dans un premier système, la femme perdrait son action, car, dit-on, le mari en donnant son consentement a fait disparaître la cause de la nullité. Cette opinion était admise par nos anciennes coutumes, tant par celles qui exigeaient simplement le consentement du mari, que par toutes les autres où l'autorisation était sacramentelle; il n'est donc pas possible que l'on se montre aujourd'hui plus sévère qu'autrefois, puisque le caractère solennel de l'autorisation a disparu. En outre, la nullité de l'acte passé par la femme ne résulte que du défaut d'autorisation; or, *cessante causâ cessat effectus*. Le consentement du mari rencontre celui de sa femme, et désormais il y a concours des deux volontés exigées par la loi.

On invoque, comme argument d'analogie, l'article 183 qui ne permet au mineur de proposer la nullité de son mariage (nullité résultant du défaut de consentement des ascendants) qu'autant que le consentement postérieur des ascendants ne l'aura point anéanti. Enfin, l'on invoque

également la rédaction primitive de l'article 217 qui portait, dans un second alinéa aujourd'hui disparu, que « le consentement du mari, quoique postérieur à l'acte, suffit pour le valider. » La manière dont cette suppression a été opérée, ne permet pas d'y attacher de l'importance. En effet, cet alinéa avait été admis par le Conseil d'Etat, tel qu'il avait été proposé. Seulement, l'article 217 ayant été renvoyé à la section de législation, sur la demande de Régnauld de St-Jean d'Angély, pour qu'on y insérât un amendement qui tendait à exiger l'autorisation maritale pour toutes espèces d'acquisitions faites par la femme à titre gratuit ou onéreux, l'alinéa précité ne reparut plus. On ne peut pas raisonnablement croire que la section de législation ait opéré ce changement dans l'intention de repousser une doctrine qu'elle avait elle-même proposée, et qui avait été admise dans l'assemblée générale du Conseil d'Etat. Le second alinéa de l'article 217 aura été supprimé, comme inutile, en présence des principes généraux sur la confirmation. (Delvincourt, t. I, p. 75; Marcadé, sur l'art. 225, N° 1; Aubry et Rau, t. IV, § 472; Colmar, 28 Nov. 1816; Sirey, 1817, II, 145; Dijon, 1er Août 1818; Dev. et Car., collect. nouv., V, II, 409).

Dans un second système que nous adopterons, on soutient, au contraire, que le consentement postérieur du mari ne peut avoir d'effet que contre lui et ses représentants. L'autorisation maritale n'a pas été introduite dans l'intérêt seul du mari, mais aussi dans celui de la famille et de la femme. Du moment qu'elle a contracté sans autorisation, deux actions prennent naissance, indépendantes l'une de l'autre, de telle sorte que la femme ne peut, par le seul fait du mari, être privée d'un droit qui

forme un bien dans son patrimoine. On invoque, dans le système adverse, la rédaction primitive de l'article 217 ; nous répondrons, avec M. Demolombe, que les arguments puisés dans les travaux préparatoires du Code ne sont pas nécessairement décisifs, lorsqu'ils ne s'accordent pas avec les textes mêmes, tels qu'ils ont été votés, ni avec les principes généraux du droit. Quant à l'article 183, il faut l'écarter, car il contient une règle exceptionnelle et spéciale au mariage.

On prétend encore, dans la première opinion, que la ratification du mari doit avoir un effet absolu, par ce que les consentements des deux époux se rencontrent. A cela nous objecterons que la femme peut très bien ne pas attaquer l'acte qu'elle a fait, sans nécessairement, par là, persévérer dans son consentement. Si la femme n'agit pas, c'est qu'elle ne veut pas, en demandant à son mari l'autorisation qui lui est nécessaire pour agir, lui révéler ainsi qu'elle s'est dérobée à son autorité. Ajoutons enfin que, d'après l'article 1304, la prescription de l'action en nullité ne court que du jour de la dissolution du mariage. Or, si l'on admet que la même action en nullité se prescrit aussi contre le mari par dix ans, mais à partir du jour où il a eu connaissance de l'acte fait sans autorisation, on arrive, dans le premier système, à ce résultat que l'expiration de ce dernier délai, emportant ratification tacite de la part du mari, emporte du même coup prescription de l'action en nullité qui appartient à la femme. Ce serait violer l'article 1304. (Demol, t. IV, N° 211 ; Duranton, t. II, 517. — Rouen, 18 Novembre 1825, Sirey, 1826, II, 98 ; Orléans, 6 Juin 1868, Dev., 1869, II, 231 ; Cassat.. 17 Janvier 1870, Dev. 1870, I, 217.

SECTION II.

DE L'AUTORISATION DE JUSTICE.

§ I. — *Des cas dans lesquels elle intervient.*

La femme n'est pas toujours à même d'obtenir l'autorisation maritale. Cela peut se présenter soit quand le mari la refuse injustement, soit quand il se trouve dans l'impossibilité de l'accorder. Le législateur a remédié à cet inconvénient en permettant à la femme de recourir à la justice. Mais n'oublions pas que la femme n'a le droit de s'adresser au tribunal qu'à défaut *seulement* de l'autorisation du mari.

Dans le cas où le mari refuse son autorisation, sa femme, ne devant pas être victime d'un refus parfois injuste, a le droit de s'adresser à la justice qui l'autorisera ou non suivant les circonstances. « Il n'y a aucun pouvoir, dit Portalis (*Exposé des motifs du titre du mariage*), qui ne soit soumis à la puissance publique, et le magistrat peut intervenir pour réprimer les refus injustes du mari, et pour rétablir toutes choses en leur état légitime. »

Quant à l'impossibilité d'autorisation, elle peut se produire de plusieurs manières : 1° par l'absence du mari, 2° sa condamnation à une peine afflictive ou infamante, 3° sa minorité, 4° son interdiction.

I. — *Absence du mari.* — Lorsque le mari est déclaré absent, la loi permet à la femme de se faire autoriser par la justice. Il en est de même en cas de présomption d'absence. (Bordeaux, 13 Janv. 1869, D. 1870, II, 115). Mais que décider si le mari est simplement non-présent?

Marcadé soutient que la femme devra attendre le retour de son mari ou lui demander son autorisation par lettre (t. I, art. 222). Mais la majorité des auteurs estime que le mot absent dont se sert l'article 222 s'applique au non-présent, comme à l'absent proprement dit. (Demol., t. IV, N° 214; Aubry et Rau, t. IV, § 472.) Quant à la forme à suivre pour obtenir l'autorisation, un arrêt de la Cour de Cassation du 15 Mars 1837 a décidé que, si le mari est simplement non-présent, la femme doit se conformer aux articles 861 et 862 du Code de Procédure, et non à l'article 863 du même Code. En effet, quelle que soit l'acception que les rédacteurs du Code civil aient voulu attribuer au mot *absent*, dans l'article 222, on est forcé de reconnaître, d'après la rédaction restrictive de l'article 863 du Code de Procédure, que les rédacteurs de ce dernier Code n'ont pas cru devoir assimiler le cas où le mari est simplement éloigné de son domicile, à celui où il est absent dans le sens propre de cette expression.

II. — *Condamnation du mari à une peine afflictive ou infamante.* — Lorsque le mari est condamné soit contradictoirement, soit par contumace, à une peine afflictive ou infamante, la loi le déclare incapable d'autoriser sa femme. L'article 221 substitue l'autorisation judiciaire à l'autorisation maritale. Cet article nous montre que l'incapacité du mari existe seulement *pendant la durée de la peine*. De là deux difficultés auxquelles il a donné naissance.

1° La dégradation civique qui est une peine infamante perpétuelle, fait-elle perdre au mari son droit d'autorisation?

Nous ne le croyons pas. En effet, l article 34 du Code pénal énumère limitativement les déchéances ou incapacités qu'encourt le condamné à la dégradation civique, et

parmi elles ne se trouve pas la déchéance du droit d'autorisation. D'ailleurs, il résulte des termes de l'article 211, *pendant la durée de la peine*, que l'incapacité du mari frappé d'une peine afflictive ou infamante a une durée limitée; or, si cette incapacité devait résulter de la dégradation civique, elle serait perpétuelle au lieu d'être temporaire, car la dégradation civique principale ou accessoire dure à perpétuité, sauf le cas fort rare de la réhabilitation (art. 619, Instr. crim.). Le condamné aux travaux forcés à temps, à la détention, à la réclusion, ou au bannissement (ces peines, quoique temporaires, emportent à perpétuité la dégradation civique) serait privé de son droit d'autorisation, non-seulement pendant la durée de sa peine, mais encore après l'avoir subie; ce qui serait la violation formelle du texte de notre article.

Nous dirons donc : Premièrement, que le mari condamné à la peine principale de la dégradation civique, ne perd pas son droit d'autorisation; deuxièmement, que le mari qui encourt la dégradation civique accessoire, n'est déchu de son droit d'autorisation que pendant la durée de la peine principale (Aubry et Rau, t. IV, § 472; Demol., t. IV, N° 216).

2° La loi nous dit que le mari encourt la déchéance, *pendant la durée de la peine*, encore qu'il n'ait été condamné que par contumace. Que signifient ces mots? Le condamné par contumace ne subit pas de peine, et ne peut même pas en subir en vertu de la condamnation par contumace, puisque sa seule représentation l'anéantit de plein droit!

On concilie ces expressions, en considérant comme durée de la peine la durée de la contumace elle-même, c'est-à-dire tout le temps qui s'écoule depuis la condam-

nation jusqu'à ce que le condamné par contumace ait acquis la prescription de sa peine (Demol., t. IV, N° 218).

III. — *Minorité du mari.* — « Si le mari est mineur, dit l'article 224, l'autorisation du juge est nécessaire à la femme, soit pour ester en jugement, soit pour contracter. » Il n'en était pas ainsi dans l'ancien droit où le mari quoique mineur pouvait autoriser sa femme (Pothier, *puissance du mari*, N° 29). Aujourd'hui, il n'en est plus de même ; la loi n'a pas voulu qu'un incapable fut chargé d'autoriser un autre incapable. « Comment, disait Portalis, le mari pourrait-il autoriser les autres, quand il a lui-même besoin d'autorisation ? » (Locré, *Législat., civ.*, t. IV, p. 254).

Le mari mineur, émancipé par le mariage, ne peut donc autoriser sa femme que pour les affaires qu'il peut traiter par lui-même, et sans l'assistance de son curateur. Au surplus, la question n'a pas d'importance. En effet, les actes que le mari, mineur émancipé, peut faire seul sont les actes d'administration. Or, de deux choses l'une : ou bien la femme s'est réservé, par son contrat de mariage, l'administration de ses biens, et alors elle n'a pas besoin d'autorisation ; ou bien l'administration en appartient au mari, et elle ne peut agir qu'en vertu d'un mandat. (Demol., t. IV, N° 221 ; Aubry et Rau, t. IV, § 472).

IV. — *Interdiction judiciaire du mari.* — Nous ne nous occuperons pas du cas où il existe un jugement d'interdiction. Mais que déciderons-nous si le mari, même non-interdit, a été dans l'impossibilité absolue d'autoriser sa femme d'une manière consciente? M. Demolombe (t. IV, N° 223) pense que les tiers ont le droit de prouver l'impuissance du mari à manifester une volonté intelligente au

moment où il a donné son autorisation. Nous appliquerons donc les principes du droit commun sur les vices du consentement, tout en sauvegardant la bonne foi des tiers qui auraient ignoré l'état du mari.

Qu'arrivera-t-il si le mari, sans être interdit, est retenu dans une maison d'aliénés, conformément à la loi du 30 Juin 1838? MM. Aubry et Rau sont d'avis qu'il faut l'assimiler presque complètement à l'individu interdit (t. IV, § 472). Nous rejetterons cette opinion; en effet, l'article 502 énonce une présomption absolue d'incapacité, tandis que l'article 39 de la loi du 30 Juin 1838 dit simplement que les actes faits par l'aliéné *pourront* être attaqués pour cause de démence. Il y aura là une question de fait à apprécier (Demol., t. IV, N° 225. Gand, 29 Déc. 1871, D. 74, II, 153).

Le mari qui est pourvu d'un conseil judiciaire soit pour faiblesse d'esprit, soit pour prodigalité (art. 499 et 513), peut-il autoriser sa femme?

Dans une première opinion, on admet que le mari peut autoriser sa femme; en effet, l'article 222 ne vise que l'interdit et non l'individu pourvu d'un conseil judiciaire; en outre, les articles 499 et 513 qui déterminent l'incapacité dont il est atteint ne parlent pas du droit d'autorisation (Duranton, t. II, p. 507).

Dans une seconde opinion, le mari peut autoriser lui-même sa femme, à la condition d'être assisté de son conseil dans tous les actes pour lesquels cette assistance lui serait nécessaire, s'il voulait les faire personnellement (Magnin, *des minorités*, t. I, N° 909).

Dans une troisième opinion qui sera la nôtre, on admet que le mari, pourvu d'un conseil judiciaire, conserve le droit d'autoriser sa femme à faire les actes qu'il pourrait

faire seul lui-même; quant à ceux qu'il ne peut faire qu'avec l'assistance de son conseil, la femme devra se faire autoriser par la justice. C'est l'application du principe suivant lequel un incapable ne saurait autoriser un autre incapable (Demol., t. IV, N° 226; Aubry et Rau, t. IV, § 472; Cassat., 11 Août 1840, Dev. 1840, I, 858; Rennes, 7 Déc. 1840, Dev. 1841, II, 423; Bordeaux, 16 Juin 1869, Dev. 1869, II, 316).

Il peut arriver que la femme soit nommée tutrice de son mari interdit (art. 507). Faut-il alors appliquer rigoureusement l'article 222, et décider que la femme sera toujours obligée de se faire autoriser par la justice, ou, au contraire, doit-on régler sa capacité sur celle du tuteur?

Nous distinguerons. S'agit-il des biens du mari ou de la communauté, la femme agissant au nom du mari ou de la communauté, pourra, en sa qualité de tutrice, faire seule tous les actes que le tuteur peut faire seul. Elle devra au contraire s'adresser au conseil de famille où à la justice dans les cas où le tuteur doit s'adresser à eux.

S'agit-il des biens personnels de la femme, deux hypothèses peuvent se présenter.

Ou le mari, par contrat de mariage, s'en est réservé l'administration et la jouissance, et alors la femme aura les mêmes pouvoirs qu'un tuteur et agira comme mandataire; ou la femme a conservé l'administration et la jouissance de ses biens, et elle n'aura nullement besoin de l'autorisation judiciaire.

Il y aura néanmoins des cas où l'autorisation de justice lui sera nécessaire, en ce qui concerne ses biens personnels. Par exemple, lorsqu'elle voudra ester en jugement comme demanderesse ou défenderesse, dans le cas où un tuteur le peut, comme en matière mobilière. Dans cette

hypothèse, la femme agit en son propre nom, et son mari interdit ne pouvant l'autoriser, elle devra recourir à l'autorisation de la justice. De même lorsqu'il s'agit d'actes dépassant l'administration, le mari n'ayant pas le droit de les faire, elle agit bien en son propre nom : elle devra donc se faire autoriser judiciairement (Demol., t. IV, N° 227).

Nous venons de voir que la minorité et l'interdiction du mari modifient les règles de l'autorisation maritale. Mais que décider si c'est la femme qui est mineure ou interdite ?

I. — *La femme est mineure.* — Si le mari est majeur, il est de plein droit le *curateur-né* de sa femme, comme disait Lebrun (*de la communauté*, liv. II, chap. I, sect. II, N° 10). Il pourra donc l'autoriser comme mari, et de plus l'assister comme curateur dans les cas où cette assistance est nécessaire au mineur émancipé (art. 480 et 482). Quant aux actes que le mineur émancipé peut faire seul, elle pourra les passer avec l'autorisation du mari, considéré non comme curateur mais comme mari. Enfin, s'il s'agit d'actes pour lesquels l'assistance du curateur ne suffit pas au mineur émancipé, elle devra, outre l'autorisation maritale, obtenir soit l'autorisation du conseil de famille, soit l'homologation du tribunal, suivant les cas.

Si le mari est mineur, il ne sera pas alors le curateur de sa femme; elle recevra pour chaque affaire particulière un curateur *ad hoc* : en effet, l'article 2208 visant le cas de minorité des deux époux, déclare que la femme doit recevoir pour chaque affaire spéciale un tuteur *ad hoc* (Demol., t. IV, N° 229).

II. — *La femme est interdite.* — Si le mari est tuteur de sa femme (art. 506) on appliquera les règles de la tutelle. Mais, *quid*, si le mari étant exclu ou destitué de la tutelle, la femme a un tuteur étranger? Pour les actes

qu'elle aurait pu faire seule avant son interdiction, soit en vertu du contrat de mariage, soit en vertu d'une séparation de biens, le tuteur pourra aussi les faire seul comme mandataire légal de la femme. Quant à ceux que la femme n'aurait pu faire qu'avec l'autorisation maritale ou judiciaire, nous pensons que le tuteur n'a pas besoin d'être autorisé. En effet, aux termes de l'article 509, la femme interdite est assimilée à un mineur; en outre, les articles 215 et 217 ne s'appliquent qu'aux cas où la femme agit par elle-même. Il y aurait d'ailleurs de grands inconvenients à établir deux autorités rivales, celle du tuteur et celle du mari (Demol., t. IV, N° 228). La Cour d'Amiens, par un arrêt du 29 Décembre 1825, a tranché la question en ce sens :

« Considérant que l'autorisation du mari, exigée par ces articles (215-217) ne s'applique qu'au cas où la femme jouit de la plénitude de sa raison et agit elle-même;

» Mais qu'il n'en est pas ainsi quand la femme est interdite, puisque, aux termes de l'article 509, elle est purement et simplement assimilée à un mineur....; que, dès lors, toute l'autorité du mari, relativement aux biens de la femme, a été transportée au tuteur....;

» Qu'il serait contraire à toute raison de créer, par rapport à ses biens, deux autorités rivales et souvent inconciliables : celle du tuteur et celle du mari.... » (Sirey, 1826, II, 199).—Lorsque la femme s'oblige envers un tiers dans l'intérêt du mari, celui-ci est-il capable de l'autoriser, ou doit-elle obtenir l'autorisation de la justice?

Dans les premiers temps de la promulgation du Code, on hésitait à reconnaître au mari la capacité d'autoriser sa femme. On invoquait la maxime « *Nemo potest esse auctor in rem suam* » (*Institutes*, I, 21, § 3). Aujour-

d'hui, la capacité du mari ne fait plus de doute. En effet, la maxime « *Nemo potest...* » ne s'appliquait pas lorsque le tuteur avait profité *indirectement* de l'acte pour lequel il autorisait son pupille (l. l. 1 et 7, D, XXVI, 8); puis l'article 1431 suppose précisément la femme obligée dans l'intérêt de son mari et comme caution, avec le seul consentement de celui-ci (Demol., t. IV, N° 232; Aubry et Rau, t. IV, § 472).

Faut-il donner la même solution quand la femme contracte directement avec le mari?

Demandons-nous tout d'abord si les contrats sont permis entre époux.

Les contrats à titre onéreux étaient permis à Rome entre époux. Il fallait seulement que le contrat fut fait de bonne foi, et qu'il n'eût pas pour but d'éluder les règles sur les donations entre époux (L. 5, § 5, D, XXIV, 1).

L'ancien droit français s'était montré plus sévère : il avait admis en principe la nullité des contrats entre époux.

Ainsi, la coutume de Normandie disait que « Gens mariés ne peuvent donner, céder ou transporter l'un à l'autre quelque chose que ce soit, ni faire contrats ou concessions par lesquels les biens de l'un viennent à l'autre en tout ou en partie » (chap. XV, art. 410). La coutume de Nivernais disait également : « Gens mariés, constant leur mariage, ne peuvent contracter au profit l'un de l'autre » (chap. XXIII). De même la coutume de Bourbonnais : « Le mari, durant le mariage, ne peut faire aucune association, donation, ou autre contrat avec sa femme » (chap. X. art. 226).

Par contre, Dumoulin s'exprimait ainsi : « *nullum contractum etiam reciprocum facere possunt, nisi ex necessitate*, » et Lebrun déclarait que « rien n'empêche

qu'un mari et une femme séparés contractent l'un avec l'autre, pourvu qu'ils ne se donnent ni directement ni indirectement. »

Quelle est l'opinion du législateur moderne ? Admet-il le principe de la prohibition, sauf exceptions ; ou le principe de la validité des contrats, en exceptant quelques-uns?

Les partisans de la première opinion s'appuient sur la maxime « *nemo potest*..... » On ne peut, disent-ils, être à la fois juge et partie dans le même acte. Or, quand le mari autorise, il est juge ; quand il contracte, il est partie ! Ils invoquent en outre le danger qu'il y aurait pour la femme à être ainsi livrée à la discrétion de son mari. Il serait à craindre bien souvent, vu l'influence qu'un mari exerce d'ordinaire sur sa femme, que le contrat à titre onéreux ne fût une donation déguisée.

Ils font enfin remarquer que le Code, dans les cas où il permet aux époux de contracter ensemble, s'en explique formellement. Ainsi la loi permet les donations pendant le mariage, à condition qu'elles seront révocables (art.1096); la vente, dans les trois cas (art.1595); le rétablissement de la communauté dissoute par la séparation de biens (art. 1451); la femme peut donner mandat à son mari, quant à l'administration de ses paraphernaux (art. 1577); accepter le remploi que celui-ci lui offre (art. 1435). Ils concluent donc de cette énumération limitative que la règle générale est la prohibition (Troplong, *Transactions*, N° 153).

Nous n'admettrons pas cette opinion. L'argument tiré de la maxime « *nemo potest*... » n'a pas grande valeur : en effet, dans les contrats expressément admis par la loi, le mari a le droit d'autoriser; or, pour être logique, il faudrait lui refuser ce droit, même dans les cas exceptionnels.

L'article 1123 ne dit-il pas que « toute personne peut contracter, si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi? » Or, aucune loi ne déclare la femme incapable de contracter même avec son mari. Il faut d'ailleurs remarquer que le législateur a eu soin de prohiber les contrats absolument dangereux entre époux, ainsi tout contrat qui dérogerait aux conventions matrimoniales (art. 1395); la vente, sauf dans trois cas (art. 1595); les donations irrévocables (art. 1096). Pourquoi donc étendre l'incapacité de la femme? Que signifierait alors cette énumération que fait la loi de certains contrats défendus entre époux, si tous les contrats étaient généralement prohibés entre eux (Demol.. t. IV, N° 239. Caen, 4 Mars 1865, Dev. 1865, II, 301),

Et, maintenant, revenons à la question que nous nous sommes posée tout à l'heure : le mari peut-il autoriser sa femme à passer un contrat où il est partie?

Nous admettrons l'affirmative. D'après l'article 217, la femme ne peut donner, etc., sans le concours du mari dans l'acte ou son consentement par écrit; or, en contractant avec sa femme, le mari concourt dans l'acte; donc la femme est parfaitement habilitée. On nous oppose, il est vrai, la règle « *nemo potest...*, » mais cette règle n'a jamais été appliquée au mari dans ses rapports avec sa femme. « Si un tuteur, dit Pothier, au N° 42 de son *Traité de la puissance du mari*, ne peut pas être *auctor in rem suam*, c'est que l'autorité du tuteur étant requise pour veiller à l'intérêt du mineur, un tuteur n'est pas propre à autoriser son mineur pour des contrats dans lesquels le tuteur a un intérêt contraire à celui du mineur; ce qui ne reçoit aucune application à l'autorisation du mari, qui n'intervient pas pour veiller aux intérêts de la femme, qui est capable d'y veiller elle-même, mais pour habiliter

sa femme à contracter. » L'article 1 du décret du 17 mars 1809 nous fournit un nouvel argument : « la femme mariée, dit-il, peut constituer en majorat, en faveur de son mari et de leurs descendants communs, les biens à elle propres, *sans qu'il soit besoin d'autre autorisation que de celle requise par l'article 217 du Code Napoléon.* » (Demol., t. IV, N° 236; Aubry et Rau, t. IV, § 472. Nîmes, 9 Févr. 1842, Dev., 1842, II, 604; Grenoble, 11 Mars 1851, Dev., 1851, II, 627).

En principe, la justice peut accorder son autorisation à la femme dans les cas où le mari pourrait lui accorder la sienne. Nous allons pourtant examiner quelques hypothèses où le mari est seul capable d'autoriser sa femme. Elles sont au nombre de quatre.

1re hypothèse. — La femme, mariée sous le régime dotal, veut donner les immeubles dotaux pour l'établissement des enfants communs (art. 1556).

Dans ce cas, la loi suppose que le mari doit avoir pour ses enfants la même affection que la mère, et que son refus est basé sur des motifs sérieux. L'article 1556 doit d'ailleurs être interprêté d'une manière restrictive; la justice pourra donc, sous tout autre régime que le régime dotal, et même sous ce régime, quant aux paraphernaux, autoriser la femme à donner ses biens pour l'établissement des enfants communs.

S'il s'agissait des enfants d'un premier lit, la femme, en cas de refus du mari, pourrait donner ses biens dotaux avec l'autorisation de la justice. La raison de cette différence est qu'il se peut faire que le mari refuse injustement et de parti pris, supposition peu vraisemblable à l'égard des enfants communs. Toutefois, la jouissance lui serait réservée (art. 1555).

2e hypothèse. — Elle veut accepter une exécution testamentaire étant mariée sous un régime autre que celui de la séparation de biens (art. 1029).

La raison en est que l'exécuteur testamentaire, étant imposé aux héritiers et non choisi par eux, la loi a voulu qu'il puisse présenter une garantie sérieuse et efficace. Or, le législateur n'a pas cru que la femme présentât cette garantie, lorsque le mari a la jouissance de ses biens. Si, au contraire, la femme est mariée sous le régime de séparation de biens, l'autorisation de justice suffira pour l'habiliter à s'obliger complètement. Le mari n'ayant plus la jouissance des biens, la femme offrira aux héritiers autant de garantie que toute autre personne (Demol., t. IV, N° 247).

3e hypothèse. — Elle veut faire un compromis.

Cela résulte de l'article 83 du Code de Procédure, aux termes duquel les causes des femmes *non autorisées par leurs maris* sont susceptibles de communication au ministère public, et de l'article 1004 du même Code qui défend de compromettre sur les causes sujettes à cette communication (Demol., t. IV, N° 247).

4e hypothèse. — Elle veut faire le commerce.

Quoique la plupart des auteurs soient en désaccord sur cette question, nous n'hésiterons pas à décider que l'autorisation maritale est absolument nécessaire. En effet, les articles 218, 219, 221, 222, 224 du Code civil et 361 du Code de Procédure déclarent que la justice ne peut substituer son autorisation à celle du mari que dans les cas seuls où la femme veut ester en jugement, passer un acte ou contracter; donc, il n'en est plus de même lorsque la femme veut faire le commerce. L'article 220 a pour but unique de régler les effets des engagements commerciaux

de la femme et de déterminer dans quels cas elle devra être considérée comme marchande publique; il ne renferme aucun mot d'où l'on puisse induire que la justice pourra autoriser. Au contraire, il nous dit que la femme engage la communauté, et comme en principe elle ne peut obliger la communauté qu'autant qu'elle a été autorisée de son mari, il en résulte qu'elle ne peut être commerçante sans cette autorisation. L'article 4 du Code de Commerce ne dit-il pas que « la femme ne peut être marchande publique sans le consentement de son mari » (Demol., t. IV, N° 248; Aubry et Rau, t. IV, § 472.—Lyon, 16 Janv. et 13 Mars 1869, D., 1869, III, 29 et 30; Cassat., 30 Janv. 1877, D., 1877, I, 348) ?

L'on s'explique parfaitement pourquoi le juge ne peut dans ce cas suppléer l'autorisation du mari. Quand il s'agit d'un acte déterminé, la justice peut aisément l'apprécier et en prévoir les suites; c'est donc en connaissance de cause qu'elle accordera à la femme l'autorisation nécessaire. Mais il n'en est plus de même lorsqu'il est question d'entreprendre un commerce, c'est-à-dire non plus un acte unique, mais une suite d'actes divers. Permettre à la justice d'autoriser la femme, c'est la soustraire à l'autorité maritale; en effet, comme commerçante, elle acquiert la faculté de contracter des engagements; elle peut même aliéner et hypothéquer ses immeubles (art. 5 et 7 du Code de Commerce). Elle se trouve exposée à la faillite, et, en cas de banqueroute, à une peine afflictive et infamante. La femme qui demande à diriger des affaires aussi difficiles doit naturellement présenter des garanties de sagesse que le juge n'est pas à même d'apprécier. Le mari seul pourra reconnaître si sa femme jouit d'une capacité suffisante à la direction de si graves intérêts.

Quelques auteurs et la jurisprudence proposent des distinctions.

Duranton (t. II, N° 478) et Marcadé (t. I, art. 220) admettent qu'en cas d'absence ou d'incapacité du mari, alors qu'il est dans l'impossibilité complète de manifester sa volonté, la justice peut autoriser. « L'autorisation, dit M. Marcadé, ne serait plus la contradiction, mais au contraire une substitution à la volonté présumée conforme du mari. »

Dans une autre opinion, l'on décide que, même en cas de refus du mari, la femme peut être autorisée par la justice quand elle est séparée de corps (Caen, 8 Juin 1846; Pichot, Rec. de Caen, 1846, p. 320); ou séparée de biens (Paris, 24 Octobre 1844; Dev., 1844, II, 581).

Pour nous, nous rejettons absolument ces distinctions. Le silence de la loi est assurément regrettable, mais devant la précision de l'article 4 du Code de Commerce, la question nous semble tranchée dans le sens de la négative. « *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* » (Laurent, t. III, N° 135).

Si le mari est mineur, le consentement qu'il donne n'étant pas suffisant, M. Duranton croit qu'il appartient à la justice de valider la volonté du mari; d'autres auteurs pensent que c'est plutôt le rôle de la famille.

Mais, *quid*, si c'est la femme qui est mineure? Le mari majeur pourra-t-il lui donner seul l'autorisation de faire le commerce?

L'article 2 du Code de Commerce est ainsi conçu : « Tout mineur émancipé de l'un ou de l'autre sexe, âgé de 18 ans accomplis, qui voudra profiter de la faculté que lui accorde l'article 487 du Code civil de faire le commerce, ne pourra en commencer les opérations, ni être réputé majeur, quant

aux engagements par lui contractés pour faits de commerce : 1° s'il n'a été préalablement autorisé par son père ou par sa mère, en cas de décès, interdiction ou absence du père, et à défaut du père et de la mère, par une délibération du conseil de famille, homologuée par le tribunal civil; 2° si, en outre, l'acte d'autorisation n'a été enregistré et affiché au tribunal de commerce du lieu où le mineur veut établir son domicile. »

Il résulte de cet article que : 1° la femme mariée, mineure de 18 ans, ne peut être autorisée à faire le commerce; 2° qu'après 18 ans, pour être commerçante, elle doit se conformer aux prescriptions de la loi. Dans ce cas, l'autorisation maritale seule est insuffisante; il faut, de plus, l'autorisation du père ou de la mère, ou celle du conseil de famille homologuée par le tribunal (Demol., t. IV, N°249).

M. Demolombe pense que la justice ne peut pas, en cas de refus du mari, autoriser la femme à prendre la profession d'artiste dramatique ou à publier des œuvres littéraires. Il y a là, dit-il, une question d'honneur et de moralité dont le mari est seul juge (t. IV, N° 248).

En ce qui concerne un engagement théâtral, nous sommes entièrement de cet avis. « S'il est une circonstance où ce consentement est nécessaire à la femme, disent Lacan et Paulmier (*Législat. et Jurisprud. des théâtres*, t. I, N^{os} 25 et s.), c'est celle où elle veut embrasser la profession d'artiste et se lier par un engagement théâtral. Un tel engagement contracté par la femme à l'insu de son mari, et que celui-ci n'a ni autorisé ni ratifié, est nul..., nous ne reconnaissons pas aux tribunaux le pouvoir de suppléer au refus de ce dernier. Lorsqu'il est question, pour une femme, de faire un emprunt, une vente, une acquisition, on conçoit que l'expérience des magistrats les mette à même

d'apprécier l'opportunité ou l'inopportunité de l'opération que la femme veut faire et à laquelle le mari refuse son concours. Ils entendent les parties, contrôlent leurs explications par les pièces, ils ont presque toujours des données certaines qui peuvent éclairer et guider leur décision. Mais pour le choix d'une profession, et surtout de la profession d'artiste, ce n'est plus cela. Un mari peut avoir, pour résister aux désirs de sa femme, des motifs des plus sages et des plus respectables, qui échappent, par leur nature, aux investigations judiciaires. »

Un arrêt de la Cour de Paris du 3 Janvier 1868 (D. 1868, II, 28) a néanmoins posé en principe que la femme peut contracter un engagement théâtral avec la seule autorisation de la justice; mais, dans l'espèce, elle refusa de l'habiliter, l'opposition du mari étant justifiée.

Voici d'ailleurs les principaux considérants : « Considérant que l'appelante soutient qu'il est certains actes, notamment un engagement théâtral souscrit par une femme, pour lesquels l'autorisation de son mari peut être remplacée par celle de la justice, — considérant que la disposition de l'article 219 est générale, — qu'elle n'admet pas d'exception, — qu'il était, en effet, impossible de reconnaître au mari le droit absolu d'empêcher sa femme d'exercer honnêtement une profession, qui serait son unique ressource... »

On cherche à justifier cet arrêt en disant que, d'après une jurisprudence qui paraît établie, un engagement théâtral ne constitue même pas un engagement commercial (Bordeaux, 1er Avril 1867); qu'en tout cas, l'autorisation du juge supplée valablement celle du mari, quand il s'agit d'actes de commerce isolés et n'impliquant pas l'exercice du commerce. On ajoute enfin, que si l'engage-

ment théâtral que la femme demande à contracter n'est qu'un engagement purement civil, ou qu'une opération commerciale insuffisante pour constituer l'exercice du commerce, pour lequel seul l'article 4 du Code de Commerce paraît disposer, il n'existe aucune raison de ne pas appliquer à un tel engagement l'article 219.

Nous croyons en effet que le législateur a uniquement visé, dans l'article 4 du Code de Commerce, la profession de marchande publique. Mais si, dans cette hypothèse, il exige nécessairement le consentement du mari, pourquoi décider autrement en ce qui regarde le théâtre? La profession d'artiste et la profession commerciale sont-elles donc si différentes l'une de l'autre? Il nous semble, au contraire, qu'on peut trouver entre elles un certain rapport d'analogie. Sans exagérer à dessein les dangers multiples que présente la profession d'artiste, nous croyons néanmoins que la justice ne saurait se substituer au mari, dans une question où la dignité de la famille peut se trouver gravement compromise (Laurent, t. III, N° 135).

Quant à la publication d'œuvres littéraires, nous sommes d'avis que la femme a parfaitement le droit de s'adresser à la justice, pour vaincre le refus du mari.

Il n'y a pas lieu, en effet, d'assimiler cette hypothèse à la précédente. Il peut arriver qu'une femme d'une intelligence hors ligne soit unie à un mari vulgaire et jaloux de sa supériorité. Faudra-t-il donc priver la société d'œuvres peut-être fort remarquables, pour respecter la volonté d'un homme borné et incapable d'en apprécier la valeur? Nous ne croyons pas devoir exagérer à ce point le respect dû à l'autorité maritale.

Les raisons que nous avons exposées tout à l'heure pour refuser le recours à la justice à la femme non-autorisée

par son mari, ne peuvent être invoquées en ce qui concerne les produits de l'esprit. L'autorisation par laquelle le tribunal permettrait à la femme d'exercer la profession d'artiste serait forcément *générale*. On ne peut concevoir, en effet, que la justice suive la femme *pas à pas* dans sa carrière théâtrale, lui accordant ou refusant le droit de jouer tel ou tel rôle dans telle ou telle pièce. Au contraire, l'autorisation judiciaire pour la publication d'œuvres littéraires sera toujours *spéciale* et parfaitement limitée. Le mari n'aura jamais à redouter que son nom serve de signature à une œuvre immorale, car dans ce cas le tribunal opposera à la demande de la femme un refus absolu.

§ II. — *Formes de l'autorisation de justice.*

Ces formes sont indiquées par les articles 218 et 219 ainsi conçus :

Article 218. — « Si le mari refuse d'autoriser sa femme à ester en jugement, le juge peut donner l'autorisation. »

Article 219. — « Si le mari refuse d'autoriser sa femme à passer un acte, la femme peut faire citer son mari directement devant le tribunal de première instance de l'arrondissement du domicile commun, qui peut donner ou refuser son autorisation après que le mari aura été entendu ou dûment appelé en la chambre du conseil. »

On voit que le Code civil ne donne à cet égard que des règles incomplètes, au moins en ce qui regarde l'autorisation d'ester en jugement (art. 218). L'article 861 du Code de Procédure est venu remplir cette lacune : « La femme, dit-il, qui voudra se faire autoriser *à la poursuite*

de ses droits, après avoir fait une sommation au mari, et sur le refus par lui fait, présentera requête au président, qui rendra ordonnance portant permission de citer le mari à jour indiqué, à la chambre du conseil, pour déduire les causes de son refus. »

Cet article ne s'applique nommément qu'au cas où la femme veut se faire autoriser à *poursuivre ses droits*. Comme il introduit une manière de procéder différente de celle de l'article 219, on s'est demandé s'il doit s'appliquer toutes les fois que la femme veut requérir l'autorisation de la justice, ou dans le cas seul où elle désire ester en jugement. Il faut décider que l'article 861 est général et abroge l'article 219. En effet, l'article 861 du Code de Procédure étant postérieur aux articles 218 et 219, on ne voit pas de raison pour que le législateur n'ait pas voulu appliquer à l'autorisation à l'effet de contracter ce qu'il dit de l'autorisation à l'effet de plaider (Laurent, t. III, N° 140. — Demol. t. IV, N° 250).

La procédure que nous allons étudier est donc commune aux actes judiciaires et extrajudiciaires.

Les formes de l'autorisation de justice ne sont pas toujours les mêmes. Nous distinguerons deux cas: 1° la femme est demanderesse; 2° elle est défenderesse.

1° *Cas où la femme demande elle-même l'autorisation de justice.*

Le mari est capable et présent. — La femme doit le mettre en demeure d'accorder l'autorisation, au moyen d'une sommation. En cas de refus, elle présentera une requête au président du tribunal pour qu'il rende une ordonnance portant permission de citer le mari, à jour indiqué, en la chambre du conseil. La sommation et la requête devront contenir un exposé sommaire de l'affaire et des motifs pour lesquelles l'autorisation est demandée.

Le président peut-il se refuser à délivrer son ordonnance? Nous ne le croyons pas, car il se constituerait juge, et empiéterait ainsi sur les pouvoirs du tribunal qui seul peut apprécier le mérite de la demande. L'art. 861 du Code de Procédure dit en effet que le président « *rendra* ordonnance. »

Le mari est absent.—La femme qui voudra se faire autoriser à la poursuite de ses droits, présentera également une requête au président du tribunal, qui ordonnera la communication au Ministère public et commettra un juge pour faire son rapport à jour indiqué (art. 363, Code de Procédure). La femme devra joindre à sa requête le jugement de déclaration d'absence, ou, à défaut, celui qui aurait ordonné l'enquête; ou, s'il n'y a pas encore eu de jugement, un acte de notoriété (arg. des art. 155; C. civil; et 864, C. de Procédure).

Le mari est interdit. — La femme procèdera conformément à l'article 863, et joindra à sa requête le jugement d'interdiction (art. 864, Code de Procédure).

Le mari est pourvu d'un conseil judiciaire. — La femme joindra à sa requête le jugement qui a nommé ce conseil, ou le certificat constatant son entrée dans un établissement d'aliénés.

Le mari est frappé d'une condamnation à une peine afflictive ou infamante. — Il faut suivre la même marche. La femme n'aura pas de sommation à faire (art. 221); elle devra seulement joindre à la requête l'arrêt de condamnation.

Le mari est mineur. — Les textes sont muets. La sommation ayant pour but de constater le refus du mari, et le mari mineur ne pouvant ni accorder, ni refuser l'autorisation (art. 224), la sommation est inutile. On se

demande cependant si le mari ne devra pas au moins être appelé en la chambre du conseil. Nous ne le pensons pas. Pourquoi, en effet, la loi exige-t-elle que le mari soit cité en la chambre du conseil? C'est pour qu'il ait à s'expliquer sur les causes de son refus (art. 861, Code de Procédure); mais ici le mari n'a rien à expliquer, puisqu'il n'a rien à refuser. Nous dirons donc qu'il n'est nullement obligatoire de citer le mari mineur en la chambre du conseil (Demol., t. IV, N° 253). La femme devra s'adresser, pour être habilitée, au tribunal de première instance de l'arrondissement du domicile commun. En cas de séparation de corps, la femme ayant un domicile particulier, la compétence appartiendra au tribunal du domicile de la femme (Demol. t. IV, N° 254; Paris, 19 Déc. 1865, Dev. 1866, II, 84; Rouen, 31 Mai 1870, Dev. 1870, II, 332).

« Le mari entendu, ou faute par lui de se présenter, il sera rendu, sur les conclusions du ministère public, jugement qui statuera sur la demande de la femme » (art. 862, Code de Procédure).

Cette procédure est exceptionnelle. Rien ne s'oppose à ce que les époux y emploient le ministère des avoués ou des avocats, mais c'est pour eux simplement facultatif. C'est en la chambre du conseil, hors la présence du public, que les époux sont entendus; la publicité de l'audience présenterait, en effet, de graves et nombreux inconvénients. Mais les plaidoieries des avocats, les conclusions du ministère public, le rapport du juge commis dans l'hypothèse des articles 863 et 864, le jugement, ne doivent-ils pas avoir lieu en audience publique? C'est là, en effet, le droit commun. Nous pensons néanmoins que toute cette procédure doit s'accomplir jusqu'à son dénouement dans la chambre du conseil.

Cette dérogation nous semble résulter indirectement des articles 861 et 862 du Code de Procédure. Non-seulement l'article 862 ne dit pas que le tribunal, après avoir entendu le mari, rentrera à l'audience, mais il suppose le contraire en présentant toute cette procédure comme une série d'actes successifs, pour ainsi dire liés l'un à l'autre. Le ministère public doit donner ses conclusions là où il se trouve. C'est bien ce que semble dire l'article 862.

La plupart des commissaires du gouvernement étaient d'ailleurs de cet avis. « Cette procédure, disait M. Berlier, sera non-seulement sommaire, mais exempte d'une publicité que la qualité des parties, et la nature des débats rendraient toujours fâcheuse... ; ce sera à la chambre du conseil que le mari sera cité, que les parties seront entendues, et que le jugement sera rendu sur les conclusions du ministère public » (Locré, t. XXIII, p. 152). — De même, Mouricault : « L'autorisation lui sera immédiatement donnée ou refusée par un jugement rendu en la chambre, sur les conclusions du ministère public. » — Puisque la loi a voulu que les époux fussent entendus en particulier pour que les tiers ne s'immiscent pas dans leurs différends, les mêmes motifs doivent assurément exister pour les plaidoieries des avocats et les conclusions du ministère public, qui ne feraient que répéter à l'audience ce qui a été dit en la chambre du conseil (Demol., t. IV, N° 256. — Riom, 29 Janv. 1829, Sirey, 1829, II, 342 ; Bordeaux, 27 Janv. 1834, Dev. 1834, II, 283. *Contrà*, Nîmes, 9 Janv. 1828, Sirey, 1828, II, 222 ; Lyon, 16 Déc. 1871, D. p. 1872, II, 120 ; Cassat. 9 Juillet 1879, D., 1880, I, 178).

Le tribunal appelé à statuer sur la demande de la femme, devra examiner les circonstances, apprécier les causes de refus du mari. Il pourra accorder ou refuser l'autorisation,

et même ne l'accorder que sous condition. Le mari aurait parfaitement ce droit, pourquoi la justice ne l'aurait-elle pas également? (Demol., t. IV, N° 258).

Les parties peuvent appeler du jugement rendu par le tribunal. Mais doit-on procéder de la même manière? Doit-on suivre les mêmes formes qu'en première instance, c'est-à-dire citer le mari à la chambre du conseil, pour l'audition des parties, de leurs avocats, du ministère public, et pour le prononcé du jugement? ou, au contraire, n'est-ce pas à l'audience publique de la Cour que tout doit désormais se faire, suivant le droit commun?

On a prétendu que les articles 861 à 864 n'étaient pas applicables en appel par la raison que le mari ayant été inutilement appelé en conciliation, en chambre du conseil, devant le tribunal de première instance, il n'y a pas lieu d'espérer une entente entre les époux; qu'il résulte d'ailleurs de l'article 461 du Code de Procédure, que tout appel doit être porté à l'audience, à moins d'une exception formellement écrite. Cette opinion a été rejetée par un arrêt de la Cour de Cassation du 21 janvier 1846 : « Attendu que la publicité aurait les mêmes inconvénients devant la Cour que devant le tribunal de première instance; attendu que l'article 461 du Code de Procédure a eu pour but de prévenir les procédures longues et dispendieuses, et qu'il en résulte seulement que l'instruction par écrit ne doit pas nécessairement avoir lieu en appel, parce qu'elle a été ordonnée en première instance; mais qu'il ne s'ensuit pas pas qu'il doive y avoir des plaidoieries publiques, quand l'article 861 du Code de Procédure veut que les plaidoieries soient secrètes, et que d'après l'article 470 du même Code, sauf les exceptions formellement consacrées, les règles établies par les tribunaux inférieurs doivent être suivies devant les cours impériales... » (Dev. 1846, I, 263).

Il résulte de ce qui précède que la femme qui voudra agir devant une Cour d'appel, devra s'adresser à cette Cour pour obtenir l'autorisation. Il semblerait logique de dire que l'autorisation nécessaire à la femme pour se pourvoir en cassation, devra être demandée à la Cour de Cassation. Cependant un arrêt de cette Cour a décidé que, même dans ce cas, l'autorisation est valablement donnée à la femme par le tribunal de première instance du domicile commun (27 Mai 1846, Dev., 1846, I, 747; *Contrà* Demol., t. IV, N° 263).

2° *Cas où la femme est défenderesse et ne demande pas elle-même l'autorisation d'ester en jugement.*

Les articles 861 et suivants du Code de Procédure supposent que c'est la femme elle-même qui demande à se faire autoriser à la poursuite de ses droits; ils ne peuvent donc pas s'appliquer dans l'hypothèse où la femme est défenderesse. Comme le disait M. Berlier, dans l'exposé des motifs du titre VII du Code de Procédure : « L'autorisation dont il s'agit n'est point celle qui a lieu quand la femme est défenderesse. Dans ce cas, l'action du demandeur ne peut être subordonnée à la volonté du mari, ni paralysée par elle. Si le mari est assigné pour autoriser sa femme, parce qu'il lui est dû connaissance des actions dirigées contre elle, comme son protecteur naturel, cette autorisation n'est, au surplus, en ce qui concerne l'action du tiers demandeur, qu'une simple formalité que la justice supplée, quand le mari la refuse. » (Locré, *législat. civ.*, t, XXIII, p. 151).

Le demandeur assigne en même temps les deux époux; il n'est besoin ni de sommation, ni de requête, ni d'instance spéciale à l'autorisation. C'est devant la même juridiction où la femme est appelée à comparaître pour se défendre, que le mari est aussi appelé pour l'autoriser.

Quand le mari se présente à l'audience, il est censé autoriser sa femme par son concours. S'il refuse de l'autoriser ou fait défaut, le juge peut donner l'autorisation à moins que la résistance de la femme ne soit évidemment mal fondée. Le tribunal exprime sa décision à cet égard dans le dispositif du jugement qui statue sur la demande principale.

§ III. — *Des conditions requises pour la validité de l'autorisation de justice et du moment où elle doit être donnée.*

L'autorisation de justice, comme celle du mari, doit être *spéciale* et donnée en connaissance de cause. Mais faut-il aussi qu'elle soit antérieure ou concomitante à l'acte auquel elle s'applique? Ne peut-elle pas être donnée après coup? Ne peut-on pas dire que l'autorisation de la justice peut habiliter la femme à consentir une ratification, de manière à enlever désormais au mari lui-même son action en nullité?

Cette opinion a été soutenue. L'autorisation de la justice, dit-on, peut, en général, remplacer celle du mari, quand il la refuse sans motifs sérieux ou quand il est incapable (art. 219). Or, que demande la femme? A passer un acte de confirmation. La justice peut donc l'y habiliter sur le refus du mari. Si l'acte que la femme veut confirmer n'était pas fait, la justice pourrait l'autoriser à le faire; comment ne pourrait-elle pas l'autoriser à le ratifier (Demol., t. IV, N° 272)?

Malgré le poids que l'autorité de M. Demolombe donne à ce système, nous ne croyons pas devoir l'admettre. Dès que la femme a fait un acte sans autorisation, une action en nullité naît au profit du mari. Il n'en peut être dépouillé

sans sa volonté. Permettre à la femme de ratifier l'acte qu'elle a fait sans autorisation, ce serait enlever au mari son action en nullité. Or, il est de principe que la ratification ne peut avoir lieu au préjudice du droit des tiers (art. 1338), et le mari est bien un tiers, quant à l'action en nullité qui lui appartient. La loi qui ordonne à la femme de consulter son mari et, à son défaut, la justice, doit-elle approuver les actes faits par la femme sans aucune espèce d'autorisation? Ne serait-ce pas encourager l'insubordination de la femme, et désarmer, en quelque sorte, l'autorité maritale?

Pendant la guerre de 1870, un décret du 14 Décembre de cette année, émané du gouvernement de la Défense nationale, introduisit une exception temporaire aux règles du Code civil. C'est ainsi que l'article 1 décide que « la femme mariée qui sera dans l'impossibilité constatée d'obtenir l'autorisation maritale, par suite de la guerre, se pourvoira de l'autorisation de justice, conformément à l'article 863 du Code de Procédure civile. » L'article 2 du même décret apporte également une dérogation au Code, quant au tribunal compétent pour autoriser : « Si elle est éloignée de son domicile par le fait de la guerre, et sans communication possible, elle présentera requête au président du tribunal du lieu de sa résidence, lequel aura compétence pour apprécier sa demande. »

SECTION III.

DE LA RÉVOCATION DE L'AUTORISATION.

Le mari qui peut refuser son autorisation, conserve aussi le droit de révoquer celle qu'il a donnée.

Il faut toutefois que la révocation ne soit pas préju-

diciable aux intérêts de la femme. Si elle est intempestive, la femme peut s'adresser à la justice pour la faire déclarer injuste et mal fondée. Cela s'applique surtout au cas où le mari révoquerait l'autorisation donnée à sa femme pour faire le commerce. Le tribunal appréciera les circonstances et pourra accorder à la femme un délai pour mener à bonne fin les opérations commencées (arg. des art. 1869 et 1870). Il ne pourra cependant pas l'autoriser à continuer le commerce malgré son mari (Aubry et Rau, t. IV, § 472 ; Demol., t. IV, N° 323).

L'autorisation peut-elle être révoquée, si elle a été donnée dans le contrat de mariage lui-même ? La raison de douter vient du caractère d'immutabilité des conventions matrimoniales (art. 1395).

Nous ferons une distinction. S'agit-il de l'autorisation générale accordée à la femme par contrat de mariage, d'administrer elle-même tout ou partie de ses biens ? Elle est valable et irrévocable, car une telle autorisation a le caractère d'une convention matrimoniale (art. 223 et 1538).

Hors ce cas, toute autre autorisation accordée par contrat de mariage serait *nulle* ou *révocable* : nulle, s'il s'agissait d'une autorisation générale (art 223) ; révocable, si l'autorisation était spéciale. En effet, le mari ne peut pas, même par son contrat de mariage, abdiquer son droit d'autorisation, et par suite de révocation, pour tous les cas où la loi soumet la femme à cette condition pendant le mariage (Demol., t. IV, N° 324).

Le mari peut-il révoquer l'autorisation qui a été donnée à sa femme par la justice ? Suivant MM. Aubry et Rau, il peut révoquer par un simple acte extra-judiciaire, l'autorisation accordée par la justice à raison de son

absence ou de son état d'incapacité qui depuis aurait cessé. Mais il n'est point admis à révoquer l'autorisation donnée par la justice sur son refus. Il pourrait seulement, le cas échéant, se pourvoir par appel contre le jugement qui a autorisé la femme (t. IV, § 472). M. Demolombe ne distingue pas, et pense que le mari doit suivre, pour faire révoquer l'autorisation judiciaire, les mêmes formes que la loi a organisées, lorsqu'il s'agit de l'obtenir (t. IV, N° 325). Pour nous, nous préférons le premier système.

La révocation ne s'applique qu'à l'avenir et ne peut porter atteinte aux droits légitimement acquis par les tiers. Il appartiendra à la justice d'apprécier la bonne foi de ceux qui auraient contracté avec la femme (Aubry et Rau, t. IV, § 472; Demol., t. IV, N° 326).

CHAPITRE IV.

EFFETS DE L'AUTORISATION.

SECTION I.

EFFETS DE L'AUTORISATION A L'ÉGARD DE LA FEMME.

L'effet général de l'autorisation accordée à la femme, soit par le mari, soit par la justice, est de la relever de l'incapacité qui résultait pour elle de l'état du mariage. Elle devient donc aussi capable que si elle n'était pas mariée. D'où il résulte que : 1° ni le mari, ni la justice ne sont garants envers la femme de l'usage qu'elle a pu faire de l'autorisation ; le mari ne peut être assimilé au tuteur que la loi déclare responsable des suites de sa gestion

(art. 450). Il ne gère pas, il autorise. 2° la femme peut toujours, nonobstant l'autorisation, attaquer l'acte qu'elle a consenti par tous les moyens qu'elle pourrait faire valoir si elle n'était pas mariée. « L'autorisation du mari ou de justice *n'étouffe pas*, dit Bourjon, les moyens de restitution, si aucuns sont ouverts à la femme. » *(Droit comm. de la France.)*

Quelles sont au juste l'étendue et les conséquences de l'autorisation donnée à la femme?

Nous savons déjà que l'autorisation doit être spéciale à peine de nullité. Ce n'est donc qu'autant que l'autorisation est spéciale que la question peut se poser.

En principe, l'étendue de l'autorisation accordée à la femme par le mari ou la justice doit être appréciée d'après les termes de l'acte ou du jugement qui la renferme, ainsi que d'après les circonstances de fait et la nature de l'opération.

Nous déciderons donc que l'autorisation de vendre ne comprend pas celle de toucher le prix. En effet, si les époux sont mariés sous un régime donnant à la femme le droit de toucher le prix de ses biens, celle-ci est capable, indépendamment de toute autorisation; si, au contraire, les époux sont mariés sous un régime donnant ce droit au mari, la femme se trouve frappée d'une incapacité spéciale qui ne peut être levée que par une autorisation *ad hoc*. De même, l'autorisation de vendre n'emporte pas celle d'emprunter; et réciproquement, l'autorisation d'emprunter n'entraîne point celle de vendre. Cependant un arrêt de la Cour de Poitiers a décidé que la femme autorisée pour le partage et la liquidation d'une succession est, par cela même, autorisée à intenter des actions pour obtenir la délivrance des objets compris dans son lot, ou à défendre aux

actions intentées contre elle pour s'opposer à cette délivrance (Cassat., 1er Avril 1878, Dev., 1879, I, 257).

L'application de ce principe ne présente pas de difficulté en ce qui concerne l'autorisation de contracter. Mais il n'en est pas de même de l'autorisation de plaider ou de faire le commerce. C'est ce que nous allons examiner.

§ I. — *De l'autorisation d'ester en jugement.*

La femme autorisée à former une demande en justice est, par cela même, suffisamment autorisée à tenter la conciliation. Mais la réciproque est-elle juste ? Nous croyons que l'autorisation sera toujours nécessaire. On ne saurait, en effet, assimiler la tentative de conciliation et l'instance proprement dite (Demol., t. IV, N° 291).

La femme autorisée à ester en jugement, peut-elle :

Transiger ? — elle ne le peut. Transiger n'est pas plaider, c'est tout le contraire. Comme toute transaction suppose une certaine aliénation, il lui faudra donc l'autorisation exigée par l'article 217 (Cassat., 3 Mai 1808, D., Piette, *Rec. alphab.*, t. III).

Acquiescer ou se désister ? — Pas davantage. Acquiescer ou se désister, ce n'est pas non plus plaider. C'est, au contraire, la renonciation à une instance engagée, et une aliènation de droits peut-être bien fondés ; il faudra encore à la femme une autorisation (Cassat., 12 Février 1828, Sirey, 1828, I, 356).

Déférer le serment décisoire ? — Elle ne le peut pas non plus, car c'est proposer à son adversaire une sorte de transaction : « *jusjurandum speciem transactionis continet* » (l. 2, D., XII, 2).

Nous dirons également que la femme mariée ne peut pas prêter le serment décisoire que son adversaire lui a déféré. Il faudrait, en effet, qu'elle fût capable soit de le prêter, soit de le refuser, soit de le référer; or, si elle n'a pas été autorisée à cet effet, elle ne pourrait pas référer le serment à son adversaire. D'ailleurs le serment peut être un moyen de fraude et masquer des aliénations concertées; or, comme dit Pothier : « *qui non potest donare, non potest confiteri* » (*Oblig.*, N° 915).

Il en est autrement du serment supplétoire. La femme peut le prêter sans autorisation nouvelle, si le juge le lui défère C'est un simple moyen d'instruction qui ne dessaisit nullement la justice.

Passer un aveu? — Suivant MM. Aubry et Rau (t. VI, § 751), il serait valable, s'il n'était que la suite d'un interrogatoire sur faits et articles; nul, s'il était spontané. M. Demolombe (t. IV, N° 284) déclare, au contraire, qu'il est toujours valable. « Il ne s'agit, dit-il, que d'un moyen de preuve, d'une voie d'instruction commune et réciproque » (Cassat., 22 Avril 1828, D. 1828, I, 222).

La femme autorisée à ester en justice est, par cela même, censée avoir reçu l'autorisation de faire exécuter le jugement rendu en sa faveur. Par exemple, si elle a obtenu le bénéfice de la séparation de biens, elle peut poursuivre le remboursement de sa dot et la liquidation de ses reprises (Demol., t. IV, N° 292; Cassat., 8 Juillet 1878, D., 1879, I, 55).

L'autorisation d'ester en jugement comprend-elle celle de suivre tous les degrés de juridiction? Aucune difficulté ne se présente si l'autorisation a été formellemenl limitée à tel ou tel degré de juridiction, ou si, au contraire, elle a été donnée pour suivre le procès dans toutes ses phases, *in omnem causam*.

Mais que décider lorsque l'autorisation du mari n'est ni restreinte au premier degré, ni étendue à toutes les phases du procès ?

Diverses opinions ont été émises.

Une première opinion enseigne que la femme n'a pas besoin d'être autorisée à nouveau pour faire opposition à un jugement ou à un arrêt rendu contre elle par défaut, (Toulouse, 25 Mars 1882, D., 1883, II, 39), ou pour ester en appel. En effet, dit-on, l'opposition ne constitue pas une instance nouvelle, mais bien plutôt la même instance qui se rouvre ; quant à l'appel, ce n'est que la suite ordinaire du procès, la continuation naturelle de la défense. En ce qui touche la tierce opposition, la prise à partie, la requête civile, ce sont bien là des instances nouvelles, des voies extraordinaires qui exigent une nouvelle autorisation. Quant au pourvoi en Cassation, la femme est capable de le former seule, en vertu de cette autorisation primitive qui lui permet, tant qu'elle n'est pas révoquée, de poursuivre le triomphe de son droit. (Demol., t. IV, N° 287 et s.)

Dans une seconde opinion, on fait une distinction : si la femme a perdu son procès en première instance, elle doit être à nouveau autorisée pour interjeter appel. Si au contraire elle l'a gagné, elle n'a pas besoin d'autorisation pour défendre à l'appel interjetté par son adversaire. On argumente, en faveur de ce système, de la loi du 18 Juillet 1837, qui oblige les communes à se faire autoriser pour interjeter appel, mais les dispense de cette formalité quand elles sont simplement défenderesses. (Merlin, quest., t. VIII, v° *Plaider* ; De Cormenin, *quest. de Droit administratif*, t. II, p. 136. — Cassat. 25 Février 1879, Dev. 1879, I, 273.

Pour nous, il nous semble que la femme doit requérir une autorisation nouvelle, pour chaque instance relative à la même action. L'appel forme à certains égards une instance nouvelle, et *à fortiori* cela est-il vrai pour le pourvoi en cassation et la requête civile. Il peut y avoir lieu à délibérer sur le point de savoir s'il convient de soutenir encore le procès devant une juridiction supérieure et différente, et dès lors il est utile que le mari soit de nouveau consulté. On ne doit pas présumer une autorisation accordée d'avance *in omnem causam*. Il est du reste hors de doute que la femme autorisée à former une demande ou à interjeter appel, et contre laquelle il est intervenu un jugement ou arrêt par défaut, peut y former opposition sans avoir besoin d'une nouvelle autorisation. Un arrêt de la Cour de Montpellier du 6 Mars 1828. (Sirey, 1829, II, 18), a jugé ainsi. (Aubry et Rau, t. IV, § 472; Laurent, t. III, N° 149; Duranton, t. II, N° 459; Cassat., 25 Mars 1812, Sirey, 1812, I, 317; 18 Août 1857, Dev., 1857, I, 333; Aix, 13 Mars 1862, Dev., 1862, II, 154; Cassat., 2 Juillet 1878, D., 1879, I, 213).

Quant à l'autorisation de justice, nous donnerons la même solution, le tribunal ne faisant que remplacer le mari (Laurent, t. III, N° 150). M. Demolombe croit cependant que si le tribunal a autorisé la femme sur une instance principale, la femme peut interjeter appel sans nouvelle autorisation (t. IV, N° 290).

La Cour de Cassation par un arrêt du 14 Mai 1884 a décidé que l'autorisation donnée à la femme par le président du tribunal, de procéder sur sa demande en séparation de corps, s'applique à tous les degrés de juridiction et habilite la femme à plaider tant sur sa demande principale

que sur les demandes accessoires qui s'y rattachent (D., 1884, I, 412).

§ II. — *De l'autorisation de faire le commerce.*

L'autorisation pour la femme de faire le commerce doit être très largement interprêtée. La mesure de son étendue nous est indiquée par les articles 220 du Code civil, et 5 et 7 du Code de Commerce. L'intérêt du commerce, la célérité des opérations, exigent en effet qu'on donne à la femme marchande publique des pouvoirs très larges, « la femme, comme dit Pothier, n'ayant pas toujours son mari à ses côtés, qui puisse l'autoriser pour ces actes qui le plus souvent ne souffrent pas de retardement » (N° 21). Cette autorisation est donc générale : elle comprend tous les actes relatifs au commerce que la femme est autorisée à faire. De même que l'article 487 du Code civil déclare que le mineur émancipé commerçant est réputé majeur pour les faits de son commerce, de même on peut dire avec M. Demolombe que « la femme mariée, autorisée à faire le commerce, est réputée non-mariée pour tous les actes relatifs à ce commerce » (t. IV, N° 295). La capacité de la femme est même plus étendue que celle du mineur émancipé, car tandis que ce dernier ne peut aliéner ses immeubles qu'en suivant les formes prescrites par les articles 457 et suivants, la femme peut, au contraire, aliéner seule ses immeubles, à l'exception pourtant de ceux qui sont dotaux.

Malgré la généralité de ces pouvoirs, il survient encore des questions de fait touchant cette étendue. C'est ainsi qu'on se demande ce que signifie la fin des articles 220 du Code civil, et 5 du Code de Commerce, ainsi conçus :

« la femme si elle est marchande publique peut, sans l'autorisation de son mari, s'obliger *pour ce qui concerne son négoce.* »

Il faut entendre par là que la femme sera habile à faire tous les actes se rattachant à sa profession, non-seulement directement, mais encore d'une manière plus ou moins utile. Ainsi elle pourra faire des travaux d'appropriation, d'entretien, de réparations, et même d'embellissements. Quant à des constructions nouvelles, c'est une question de fait (Demol., t. IV, N^os^ 295 et 296). Nous n'irons pas cependant jusqu'à lui permettre de faire un contrat de société pour une suite non interrompue d'affaires. Une société n'est pas, en effet, indispensable à son négoce, et il est douteux que le mari ait entendu autoriser sa femme à faire un pareil contrat dont l'existence mettrait en échec le droit qu'il doit toujours conserver, de révoquer son autorisation. Il a pu croire sa femme capable de faire elle-même le commerce, s'en rapporter à sa prudence, tout en conservant le droit de révoquer cette autorisation. Or, ces garanties lui échapperaient si la femme avait le droit de contracter seule une société avec des tiers. Elle pourrait choisir des associés téméraires ou insolvables; dans ce cas, le mari ne pourrait plus exercer sa surveillance et son droit de révocation serait en échec devant ce contrat de société (Demol., t. IV, N° 297). Toutefois, ainsi que l'a jugé la Cour de Lyon, par un arrêt du 28 Juin 1866 (Dev., 1867, II, 147), le consentement tacite du mari suffirait. Par contre, nous lui permettrons de faire une opération commune de compte à demi, association purement accidentelle et momentanée, dont l'utilité est peut-être incontestable; en un mot, il nous semble évident que dans tout ceci il y a une question d'appréciation et de bonne foi qui

devra être résolue d'après la connaissance des usages et des besoins commerciaux, comme d'après les circonstances de fait pouvant accompagner l'acte.

La femme marchande publique peut donc s'obliger, hypothéquer, aliéner, pour ce qui concerne son négoce. Mais comment saura-t-on que l'obligation, l'hypothèque ou l'aliénation étaient relatives à son négoce ?

Nous laisserons de côté les actes dont le caractère est manifestement commercial, et ceux dans lesquels la femme a déclaré agir dans l'intérêt de son négoce. La difficulté ne se présente que pour les actes civils au sujet desquels la femme n'a fait aucune déclaration. Doivent-ils être réputés relatifs ou étrangers à son commerce ? Autrement dit, est-ce à la femme à prouver que l'acte fait par elle n'est pas relatif à son commerce, ou, au contraire, est-ce au créancier à prouver qu'il y est relatif ?

Dans un premier système, on déclare que c'est aux tiers à prouver dans tous les cas que l'acte concerne le négoce de la femme. La femme mariée, quoique marchande publique, est, en principe, incapable. Sa capacité n'est relative qu'à certains actes : elle forme donc l'exception. Or, la femme qui demande la nullité d'un acte fait sans autorisation, en se fondant sur son incapacité, se trouve dans le droit commun. Elle n'a donc aucune preuve à faire. Au contraire, son adversaire, en soutenant qu'elle a été capable de faire l'acte dont elle demande la nullité, invoque une exception ; dès lors, c'est à lui à en faire la preuve.

Il est vrai qu'aux termes de l'article 638 du Code de Commerce, les billets souscrits par les commerçants sont présumés *faits pour leur commerce*. Mais cette présomption n'est pas applicable aux femmes commerçantes. La

présomption de l'article 638 du Code de Commerce a été établie pour résoudre une pure question de compétence, ainsi que le prouve la rubrique du titre où il est placé. La question de validité de l'obligation n'est pas en cause : que l'obligation soit civile ou commerciale, elle est valable. Mais lorsqu'elle donne lieu à un procès, il importe de savoir si elle est civile ou commerciale, afin de déterminer le tribunal qui est compétent pour en connaître. C'est uniquement pour résoudre cette question qu'a été faite la présomption de commercialité dont nous parlons.

Or, dans notre espèce, la question à juger n'est plus une pure question de compétence; c'est une question de validité d'obligation. Donc la présomption de commercialité, écrite dans l'article 638 du Code de Commerce, ne lui est pas applicable (Bravard, sur l'art. 5, Code de Comm.).

Dans un second système, on distingue entre les simples billets et les aliénations ou emprunts consentis par actes notariés. S'agit-il de billets, ils seront présumés commerciaux (art. 638, C. de Comm.). S'agit-il de tous autres actes que des billets, tels que des aliénations ou des obligations consenties par actes notariés, ils seront présumés non-commerciaux, parceque : 1° l'article 638 ne s'applique plus; 2° il n'est pas dans l'usage de souscrire des obligations commerciales devant notaire; 3° enfin, si les parties recourent à un notaire, cela prouve qu'elles ne sont pas pressées, et que dès lors la femme peut obtenir une autorisation spéciale (Marcadé, art. 220, N° 3).

Dans un troisième système, qui sera le nôtre, on déclare que l'article 638 doit être généralisé, et que ce qu'il dit des billets doit s'appliquer à tous les autres actes passés par la femme. Cet article s'explique par le motif que le commerce exige des capitaux, et qu'il est vraisemblable que les billets

souscrits par un marchand ont pour cause son commerce ; s'il ne parle que des billets, c'est qu'il a en vue le *quod plerumque fit* ; en outre, l'article 7 du Code de Commerce permet à la femme des actes non commerciaux, tels que l'aliénation, l'hypothèque, etc. ; or, cette permission serait bien certainement illusoire, si le tiers était obligé de prouver que la femme a aliéné ou hypothèqué des immeubles pour son négoce. Il n'y aurait aucun moyen pour lui de vérifier le fait. Nous croyons donc que le tiers ne sera pas obligé de prouver la validité de l'acte passé avec la femme ; cet acte sera présumé fait par celle-ci pour son commerce.

La présomption toutefois ne sera pas invincible. Il faut surtout attacher la plus grande importance à la bonne foi des tiers, à leur conduite plus ou moins prudente et excusable, et décider : 1° que la déclaration faite par la femme que l'acte a pour cause son commerce, n'empêcherait pas d'en prononcer la nullité contre le tiers qui aurait su que cette déclaration était mensongère ; 2° que, réciproquement, l'absence de déclaration n'empêcherait pas l'acte d'être valable à l'égard des tiers, lors même qu'il n'aurait pas eu pour cause le négoce de la femme, si le tiers, d'après les faits, avait pu légitimement croire que la femme agissait dans l'intérêt de son commerce (Demol., t. IV, N° 301 ; Aubry et Rau, t. IV, § 472 ; Valette, *explic. somm.*, p. 331).

Remarquons, en terminant, que tout ce que nous venons de dire ne s'applique qu'à la femme marchande publique, c'est-à-dire faisant des actes de commerce sa profession habituelle. S'il ne s'agissait, pour la femme, que d'actes commerciaux isolés, elle devrait sans aucun doute être spécialement autorisée pour chacun d'eux, et alors l'auto-

risation de justice pourrait suppléer celle du mari (Demol., t. IV, N° 304).

SECTION II.

EFFETS DE L'AUTORISATION A L'ÉGARD DU MARI.

Il faut distinguer, à l'égard du mari, entre l'autorisation qu'il accorde lui-même et celle que donne la justice.

I. — L'autorisation a été donnée par le mari. — En principe le mari ne s'oblige pas lui-même, « *qui auctor est se non obligat* » (L. 26, C., V, 37). Cependant cette règle subit d'importantes modifications suivant le régime matrimonial adopté par les époux, c'est ce que nous nous proposons d'examiner.

1° *Sous le régime de séparation de biens*, soit judiciaire, soit contractuelle, tout le monde convient que le mari, ne profitant pas des avantages, n'est pas tenu des charges ni des dépens résultant des actes ou des procès que la femme a pu passer ou soutenir avec son autorisation.

2° *Sous le régime de communauté*, soit légale, soit conventionnelle, le mari est, au contraire, tenu des obligations contractées par la femme qu'il a autorisée, sauf récompense dans les cas où elle a lieu. Les textes ne laissent aucun doute (art. 220, 1409, 1419, 1426); cela tient à ce que la communauté est censée profiter de tous les actes que le mari a autorisés. Il n'y a que deux exceptions : 1° lorsqu'il s'agit de l'acceptation d'une succession purement immobilière échue à la femme (art. 1413); dans ce cas, il est évident que l'acte pour lequel le mari autorise sa femme n'intéresse que celle-ci; aussi, les créanciers de la

succession poursuivront-ils leur payement seulement sur les biens personnels de la femme ; 2° lorsque le mari a simplement autorisé sa femme à vendre un immeuble personnel, sans se porter garant de cette vente. Cette seconde exception n'est pas écrite textuellement dans la loi, mais elle résulte par *a contrario* de l'article 1432. N'étant pas garant, le mari ne doit pas souffrir des actions qui peuvent être intentées contre la femme à ce sujet, mais la communauté perdra son droit de jouissance sur l'immeuble aliéné (Demol., t. IV, N° 310).

Quelques personnes, généralisant ces deux exceptions, appliquent, par analogie de motifs, la même théorie à tous les cas où l'affaire conclue par la femme autorisée de son mari est de telle nature qu'il est évident, pour le tiers qui contracte, que l'intérêt de la femme est seul en cause. Mais on décide généralement, et avec raison selon nous, qu'il faut restreindre cette exception aux cas spécifiés ; autrement ce serait faire la loi et non l'interpréter.

3° *Sous le régime dotal*, nous ferons une distinction :

Si la femme a des paraphernaux et qu'elle exerce un commerce ou une industrie avec ces biens, le mari étant étranger aux bénéfices doit également rester étranger aux dettes : le régime des paraphernaux est un véritable régime de séparation de biens.

Mais il peut arriver que la femme se soit constitué en dot tous ses biens présents et à venir. Que déciderons-nous alors quant aux engagements contractés par elle, en vertu de l'autorisation que lui a donnée le mari de faire le commerce ? Celui-ci en sera-t-il tenu ? C'est se demander si les bénéfices lui appartiendront, soit irrévocablement comme fruits, soit comme capital dotal sujet à restitution ; ou si, au contraire, la femme n'en a pas la propriété et la jouissance.

Pour prétendre que c'est au mari qu'ils appartiennent, voici comment l'on raisonne : La femme s'est constitué en dot tous ses biens présents et à venir; or, son industrie est un bien (c'est ce qui résulte des articles 1498, 1779, 1833); donc elle a été constituée en dot. Le mari doit, par suite, jouir à titre de fruits de tous les produits de l'industrie de sa femme : ayant tous les bénéfices, il supportera seul toutes les charges. Par conséquent, si la femme est commerçante, il sera seul tenu définitivement des engagements contractés par elle; il faut bien, ajoute-t-on, qu'il en soit ainsi, car la femme ne pouvant pas aliéner ses biens dotaux, même avec le consentement de son mari, si celui-ci n'était pas obligé envers les créanciers, il en résulterait qu'ils n'auraient aucun moyen de se faire payer (Duranton, t. II, N° 480; Marcadé, t. II, art. 1540, 1541; Delvincourt, t. I, n. 6, p. 80).

D'après M. Demolombe, l'industrie de la femme serait attachée d'une manière si intime à sa personnalité, que les produits mêmes de cette industrie ne sauraient être considérés comme compris dans une constitution de biens à venir, et formeraient, par conséquent, des paraphernaux (t. IV, N° 315). Le mari n'ayant aucun droit aux bénéfices du commerce de la femme, il faut en conclure qu'il n'est pas tenu des dettes. Peu importe que les créanciers ne puissent pas se faire payer; ils ont contracté avec une femme qu'ils devaient savoir mariée sous le régime dotal (art. 69, C. de Comm.), ils en subissent les conséquences (Pardessus, t. I, N° 68; Massé, t. III, N^{os} 185 et 372; Delamarre et Lepoitrin, t. V, N° 42).

Pour nous, nous rejetons ces systèmes. Il nous semble plus juste de dire que les capitaux acquis par la femme dans l'exercice d'un commerce ou d'une industrie forment de

véritables acquêts qui, sous l'empire d'une constitution dotale comprenant tous les biens à venir, revêtent le caractère de biens dotaux. Il est indubitable que les produits d'une industrie sont parfaitement susceptibles de former l'objet d'une convention et d'être compris dans une constitution de dot. Ils doivent donc être considérés comme faisant partie d'une constitution dotale de biens à venir, par cela même qu'ils n'en ont pas été exceptés. Par suite, la femme supportera seule les dettes qu'elle aura contractées ; quant au mari, il ne sera tenu que des intérêts, en sa qualité d'usufruitier (Aubry et Rau, t. IV, § 534 ; Rodière et Pont, t. III, N° 1975).

4° *Sous le régime exclusif de communauté*, il y a également controverse :

D'après l'article 1531, C. Civ., dit le premier système, le mari ne doit rendre à la femme, à la dissolution du mariage, que le mobilier qu'elle a apporté en dot, ainsi que celui qui lui est échu pendant le mariage ; l'on ne doit pas comprendre, dans ce dernier mobilier, les bénéfices provenant de l'industrie de la femme, mais seulement celui qui lui provient de successions, donations ou legs. Or, puisque ce que la femme gagne appartient au mari, il doit être tenu des dettes, comme dans le cas où il y a communauté entre les époux (Duranton, t. II, N° 480).

Nous préférons le système contraire. Le mari ne doit pas être tenu de payer les dettes contractées par la femme dans son commerce. Si, sous le régime de la communauté, le mari est obligé, c'est parce que les bénéfices produits par les opérations de la femme profitent à la communauté et au mari ; mais, dans le régime sans communauté, le mari ne doit pas être tenu, car il ne participe pas aux bénéfices. L'industrie de la femme, en

effet, n'est pas un *capital*, et ses produits ne peuvent être considérés comme *fruits* appartenant au mari. Aussi est-ce seulement dans le cas de communauté que la loi dit que le mari sera obligé par les actes de sa femme (art. 220, C. C. et 5, C. de Comm.)

Nous dirons donc que la femme demeure propriétaire des capitaux provenant de son commerce et répond seule de ses engagements. Toutefois, le mari sera tenu de payer les intérêts des dettes contractées par elle, en sa qualité d'usufruitier (Aubry et Rau, t. IV, § 531; Demol., t. IV, N° 316).

Certains auteurs, entre autres Bravard (*Traité de droit comm.* p. 105 et s.,) n'admettent pas que le mari soit tenu des intérêts des dettes. Ils se fondent sur la généralité de l'art. 5 du C. de Comm. qui ne comporte pas cette distinction. Cet article ne reconnaît le mari comme coobligé de sa femme qu'en cas de communauté. Si donc il n'y a pas de communauté, il n'est pas plus obligé pour les intérêts que pour le capital des dettes qu'elle a contractées.

II. — L'autorisation a été donnée par la justice. — En ce qui concerne l'autorisation de justice, le principe est qu'elle ne peut pas préjudicier au mari. Il n'y a même pas à distinguer si l'autorisation a été donnée sur le refus ou par suite de l'incapacité du mari. L'article 1426 est formel (*Contrà* Laurent, t. III, N° 153).

L'article 1427 apporte deux exceptions à ce principe. « La femme, dit-il, ne peut s'obliger ni engager les biens de la communauté, même pour tirer son mari de prison, ou pour l'établissement de ses enfants, en cas d'absence, qu'après y avoir été autorisée en justice. » Cette double dérogation est fort sage : elle est fondée, en ce qui touche

les dettes contractées par la femme pour tirer son mari de prison, sur ce qu'elle remplit un devoir en s'engageant pour cet objet (art. 212). Quant aux dettes contractées pour l'établissement des enfants communs, cette dérogation repose sur ce qu'en s'engageant dans ce but, la femme remplit une obligation naturelle qui lui est commune avec son mari.

La femme peut-elle, avec l'autorisation de la justice, en cas d'absence de son mari, obliger la communauté dans d'autres cas que ceux prévus par l'article 1427 ? Quoique le tribun Duveyrier l'ait formellement nié, dans son discours au Tribunat, nous nous déciderons pour l'affirmative. Il est, en effet, d'autres cas où l'autorisation donnée par la justice à la femme reposera sur des motifs aussi plausibles, et intéressera aussi directement la communauté. L'article 1427 a seulement voulu dire que, même dans les cas les plus favorables, l'autorisation de la justice est nécessaire à la femme pour contracter valablement; et cela était utile à dire, car l'ancien droit n'exigeait aucune autorisation (Demol., t. IV, N° 921; *Contrà* Laurent, t. XXII, N° 84).

CHAPITRE V.

DU DÉFAUT D'AUTORISATION.

SECTION I.

QUELLES PERSONNES PEUVENT INVOQUER LA NULLITÉ RÉSULTANT DU DÉFAUT D'AUTORISATION.

La nullité résultant du défaut d'autorisation était autrefois absolue, et proposable par tous ceux qui avaient

intérêt à s'en prévaloir. Pothier nous dit, en effet, dans son *Traité des Obligations :* « Celles-ci (les femmes) sont absolument incapables de contracter sans être autorisées : elles ne peuvent pas plus sans cela obliger les autres envers elles que s'obliger elles-mêmes. » En outre, elle n'admettait ni cautionnement, ni ratification.

Il n'en est plus de même aujourd'hui. Cette nullité n'est plus que relative et ne peut être proposée que par certaines personnes. C'est ce qui résulte des articles 225 et 1125 : Article 225 « La nullité fondée sur l'autorisation ne peut être opposée que par la femme, par le mari ou par leurs héritiers; » article 1125 « Le mineur, l'interdit et la femme mariée ne peuvent attaquer, pour cause d'incapacité, leurs engagements que dans les cas prévus par la loi. Les personnes capables de s'engager ne peuvent opposer l'incapacité du mineur, de l'interdit ou de la femme mariée avec qui elles ont contracté. »

Etudions d'abord les personnes auxquelles la loi a permis d'opposer la nullité. Nous verrons ensuite celles qui jouissent du même droit, bien que le législateur ait gardé le silence à leur égard.

Les personnes en faveur de qui la nullité a été introduite sont, d'après l'article 225, la femme, le mari, ou leurs héritiers.

1° *La femme.* — Cela se comprend. Il est, en effet, de droit commun que tout incapable puisse se prévaloir contre les tiers de son incapacité.

2° *Le mari.*—Cela se comprend encore, puisque le respect dû à l'autorité maritale est un des motifs sur lesquels repose la nullité en question; de plus, cette nullité ayant été également introduite en faveur de l'intérêt collectif du ménage, le mari peut avoir un intérêt pécuniaire à la

faire valoir. Notons, toutefois, qu'il ne pourra exercer son action que pendant le mariage, c'est-à-dire tant que dure sa puissance. Et, en effet, sans intérêt, pas d'action ; or, dans quel but demanderait-il, après la dissolution du mariage, la nullité des actes que la femme a faits sans autorisation ? Ce ne peut être pour faire respecter sa puissance, puisqu'elle n'existe plus ; ce ne peut être également dans nn intérêt pécuniaire, car les actes faits par la femme non-autorisée, ne peuvent, en aucun cas porter atteinte aux droits de son époux.

Nous avons vu, en effet, que les actes faits par une femme avec la seule autorisation de justice, laissent intacts les droits du mari. Dès lors, quel avantage peut-il trouver à faire annuler des actes qui ne lui sont point opposables ; qui, quant à lui et dans la limite de son intérêt, sont considérés comme inexistants ? S'il en est ainsi des actes qu'elle a faits avec l'autorisation de la justice, à bien plus forte raison doit-il en être de même de ceux qu'elle a passés sans aucune autorisation (Bordeaux, 30 avril 1872 ; D., 1873, II, 32).

3° *Leurs héritiers*. — Quant aux héritiers de la femme, c'est incontestable, puisque l'action en nullité est une action comme une autre se trouvant dans la succession de leur auteur.

Quant aux héritiers du mari, l'on se demande à quel titre ils peuvent en être nantis. Ce n'est pas évidemment dans l'intérêt de la puissance maritale, ni dans l'intérêt collectif du mariage, puisqu'il n'y a plus ni mariage, ni intérêts matrimoniaux. Mais ne peuvent-ils pas avoir un intérêt personnel et pécuniaire ? Marcadé suppose qu'une femme a, sans autorisation, répudié une succession mobilière. Cette succession étant mobilière devait tomber en

communauté; le mari avait donc intérêt à faire rescinder cette répudiation. Il est mort sans avoir exercé son droit; ses héritiers vont donc l'exercer à sa place, puisqu'ils y ont intérêt ! Cet exemple n'est pas probant, car s'ils font rescinder cette renonciation, ce n'est pas en leur qualité d'héritiers du mari, mais en leur qualité d'ayants-cause de la femme. En effet, ils auraient eu droit à la moitié de la succession, à la dissolution de la communauté; or, sur cette moitié, on peut les considérer comme créanciers de la femme.

Quoiqu'il en soit, il faut s'incliner devant le texte et dire qu'ils pourront intenter l'action en nullité résultant du défaut d'autorisation, toutes les fois qu'ils y auront un intérêt pécuniaire (Demol., t. IV, N° 341; Aubry et Rau, t. IV, § 472).

Voyons maintenant quelles sont les personnes qui jouissent du même droit, malgré le silence du législateur.

La nullité peut-elle être demandée par les créanciers du mari ? Nous le pensons. On peut dire, il est vrai, que l'action en nullité qui compète au mari, n'étant point en général fondée sur un intérêt pécuniaire, forme un droit exclusivement attaché à sa personne. Mais pour que la question puisse se présenter, il faut supposer que l'action en nullité offre un intérêt pécuniaire au mari; il n'existe alors aucun motif de refuser à ses créanciers l'exercice de cette action (Demol., t. IV, N° 342; Aubry et Rau, t. IV, § 472).

Peut-elle l'être par les créanciers de la femme ? Nous répondrons affirmativement, car du côté de la femme, il ne peut plus être question d'une action attachée à la personne; c'est une action qui se transmet par succession (Demol., t. IV, N° 342; Aubry et Rau, t. IV, § 472).

La caution de la femme pourrait-elle également invoquer la nullité? Non. Elle le pouvait dans notre ancien droit, car la nullité résultant du défaut d'autorisation était absolue, et le cautionnement ne pouvait tenir faute d'objet; mais aujourd'hui la nullité est simplement relative. Les articles 2012 et 2036 considèrent comme valable le cautionnement d'une obligation « encore qu'elle pût être annulée par une exception purement personnelle à l'obligé » (Demol., t. IV, N° 343, Aubry et Rau, t. IV, § 472).

Que décider quant au tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué par la femme non autorisée? Le créancier hypothécaire met le tiers détenteur en demeure de payer ou de délaisser; celui-ci ne pourra-t-il pas opposer au créancier hypothécaire la nullité de l'hypothèque? Il le pourra en qualité de créancier éventuel de la femme. « Le système contraire, disent Aubry et Rau, aurait pour résultat de priver la femme elle-même du bénéfice de son action en nullité. Il est, en effet, évident que si le tiers détenteur était tenu de payer la dette hypothécaire contractée par la femme sans autorisation, il jouirait contre celle-ci d'un recours qu'elle ne pourrait écarter en se prévalant de la nullité de son obligation (Aubry et Rau, t. IV, § 472; *contrà* Demol., t. IV, N° 350).

Il résulte de l'article 225 que le tiers qui a contracté avec la femme ne peut pas opposer la nullité provenant du défaut d'autorisation. (Cassat., 21 Avril 1880, D., 1880, I, 430). S'ensuit-il cependant que le tiers soit obligé d'exécuter son contrat, sans pouvoir prendre ses mesures contre les chances dont il serait menacé par suite de l'action en nullité ? Prenons un exemple : un tiers a acheté un immeuble propre de la femme ; celle-ci n'était pas autorisée. Le tiers peut-il dire à la femme : « J'exige

avant de vous payer que vous vous fassiez autoriser à recevoir le prix ou que vous me donniez caution » ? nous le pensons, car ce n'est pas là se prévaloir de la nullité du contrat ; au contraire, c'est reconnaître que l'on est à la discrétion de la femme et que l'on consent à subir sa loi. On ne peut pas d'ailleurs forcer un débiteur à payer deux fois ; or, c'est ce qui arriverait si l'on admettait l'opinion contraire. En effet, la femme non-autorisée est incapable de recevoir le prix, et l'article 1241 nous dit que le payement fait à un incapable ne peut valoir. Nous croyons donc que le tiers, se basant sur l'article 1653, a le droit d'exiger de la femme soit une caution, soit l'autorisation maritale (Demol., t. IV, N° 345).

Le tiers n'aurait-il pas le droit d'interpeller la femme pour qu'elle ait à prendre parti entre la nullité ou la validité du contrat ? M. Demolombe l'admet pour une raison d'intérêt général. Il est nécessaire, dit-il, que les propriétés soient susceptibles d'améliorations et de mutations ; or, cela est impossible si les droits du tiers contractant sont constamment menacés (t. IV, N° 346).

Nous croyons néanmoins devoir repousser cette opinion. Il est de principe, en effet, qu'on ne peut renoncer à un droit qui intéresse l'ordre public (art. 6). C'est ainsi, par exemple, qu'une renonciation aux droits de la puissance paternelle ou maritale est de nul effet (art. 1388) ; il en est de même quant à la renonciation anticipée à la prescription (art. 2220). L'article 1304 ne donne-t-il pas dix ans à la femme, à partir de la dissolution du mariage, pour opter entre la nullité ou la validité du contrat ? En vertu de quel droit le tiers pourrait-il interpeller la femme, et l'inviter à prendre parti avant le moment fixé par la loi ? Aucun texte ne l'y autorise. S'il redoute que

la femme exerce son action en nullité à la dissolution du mariage, que ne lui demande-t-il caution ? Nous lui avons reconnu ce droit tout-à-l'heure : il trouvera là une garantie efficace contre l'insolvabilité qui le menace. D'ailleurs l'article 225 nous dit formellement que les tiers ne peuvent invoquer la nullité : « la nullité fondée sur le défaut d'autorisation ne peut être opposée que par la femme, par le mari, ou par leurs héritiers ; » de même l'article 1125 : « les personnes capables de s'engager ne peuvent opposer l'incapacité.... de la femme mariée avec qui elles ont contracté. » Or, qu'arrivera-t-il si le tiers interpelle la femme et la somme de se prononcer ? De deux choses l'une : si elle refuse d'opter et que le juge annule le contrat, ce sera le tiers qui l'aura fait annuler, et les articles 225 et 1125 seront violés ; si le juge valide le contrat, nous nous trouverons alors en face d'une ratification forcée, ratification prohibée par l'article 1338.

Une femme accepte sans autorisation une donation entre-vifs ; la nullité n'est-elle que relative ou peut-elle être proposée par le donateur lui-même ? Cette question divise encore aujourd'hui la doctrine et la jurisprudence.

Pour soutenir que la nullité est purement relative, on raisonne de la manière suivante : l'article 225 pose en principe que le défaut d'autorisation ne peut être invoqué par les tiers ; ce principe doit donc être appliqué à moins qu'un texte formel n'y déroge. Or, comme aucun texte n'y fait exception en ce qui concerne les donations entre-vifs, il faut déclarer que le donateur, qui est bien un tiers, ne peut invoquer la nullité. L'article 217 qui dit que « la femme.... ne peut.... acquérir à titre gratuit ou onéreux sans le concours du mari dans l'acte ou son consentement par écrit » place l'acquisition à titre gratuit

sur la même ligne que l'acquisition à titre onéreux. Or, l'article 225 régit l'article 217 tout entier ; donc la nullité est simplement relative. L'article 934 renvoie d'ailleurs à l'article 217, et par suite à l'article 225 : « la femme mariée, dit-il, ne pourra accepter une donation sans le consentement de son mari, ou, en cas de refus du mari, sans autorisation de la justice, conformément à ce qui est prescrit par les articles 217 et 219 au titre du mariage. » Cet article conserve donc à la nullité le caractère relatif que lui donnent les articles 217 et suivants (Demol., t. IV, N° 348 ; Marcadé, t. III, art. 935, N° 5 ; Valette, sur Proud'hon, t. II, p.749 et suiv.; Nancy, 4 Fév.1839, Dev., 1839, II, 459; Alger, 31 Juillet 1854, Dev. 1854, II, 478).

Nous adopterons l'opinion contraire. En effet, la donation est un acte solennel dont l'existence est subordonnée à l'accomplissement de certaines formes. Or, l'acceptation est une forme, car les articles 931-937 qui en déterminent le mode sont placés sous la rubrique : *De la forme des donations entre-vifs*. D'après l'article 934, elle ne peut être faite par la femme mariée que si elle est autorisée ; donc, en l'absence de cette condition, la donation est nulle comme n'étant pas dûment acceptée (art. 938), c'est-à-dire acceptée selon les règles prescrites par les articles 934 à 937. L'on sait d'ailleurs que la donation n'admet pas de ratification, « nulle en la forme, il faut qu'elle soit refaite en la forme légale. » Nous dirons donc avec le tribun Jaubert, dans son rapport au Tribunat, que « l'acceptation qui ne lierait pas le donataire, ne saurait engager le donateur (Aubry et Rau, t. V, § 652; Delvincourt, t. II, p. 476; Troplong, t. III, N^{os} 1118 et 1126. — Caen, 8 Mai 1854, Dev., 1854, II, 625; Cassat., 14 Juillet 1856, Dev., 1856, I, 641).

SECTION II,

EFFETS DU DÉFAUT D'AUTORISATION.

Le défaut d'autorisation engendre une nullité, ainsi que nous venons de le voir. Mais cette nullité est-elle toujours proposable? Nous distinguerons les actes extrajudiciaires des actes judiciaires.

1° *Actes extrajudiciaires.* — Si la femme a employé des manœuvres frauduleuses pour tromper le tiers avec qui elle a contracté, en présentant, par exemple, un faux acte d'autorisation ou un faux acte de décès de son mari, elle ne pourra pas demander la nullité des actes passés sans autorisation. Elle a, en effet, commis un délit par suite duquel elle se trouve obligée. « Son dol, dit M. Demolombe, élève contre elle une fin de non-recevoir, et la réparation la plus exacte de ce dol est le maintien de l'engagement lui-même » (t. IV, N° 328; Laurent, t. III, N° 161).

Que décider, si la femme a trompé le tiers, en affirmant qu'elle n'était pas mariée ou qu'elle était autorisée à contracter? L'acte est nul; le mari et la femme ont le droit d'en demander la nullité. Le tiers doit s'assurer de la capacité de la personne avec qui il contracte; il commet donc une faute, en ne prenant pas de renseignements à cet égard. Il faut appliquer par analogie l'article 1307, ainsi conçu : « La simple déclaration de majorité, faite par le mineur, ne fait point obstacle à sa restitution » (Demol., t. IV, N° 327; Laurent, t. III, N° 160; Besançon, 5 Avril 1879, D., 1880, II, 6).

Que décider également, si la femme passe pour une fille ou pour une veuve aux yeux de tous? Nous croyons,

ainsi que M. Demolombe, que la bonne foi des tiers qui ont contracté avec elle doit suppléer l'autorisation. L'acte est donc valable, « *error communis facit jus* » (Demol., t. IV, N° 332; Laurent, t. III, N° 161).

De même encore l'erreur des tiers serait excusable s'ils n'avaient connu ou pu connaître la révocation que le mari aurait faite de son autorisation. (Demol. t. III, N° 56).

Le mari étant absent, la femme a vendu un de ses immeubles sans se faire autoriser par la justice. Peut-elle demander la nullité de la vente? Nous ne le croyons pas. En effet, la femme soutient que son mari vivait au moment de la vente; elle doit donc en faire la preuve. Or, cette preuve nous paraît impossible. Qu'est-ce, en effet, que l'absence? C'est l'état d'une personne qui a disparu de son domicile ou de sa résidence, sans qu'on sache ce qu'elle est devenue; personne n'en peut donner de nouvelles. Dans le doute, la femme ne pourra pas, selon nous, demander l'annulation de l'acte passé par elle. (Demol., t. II, N° 267).

2° *Actes judiciaires.* — La femme est demanderesse : le défendeur ne peut pas invoquer la nullité de l'exploit (art. 225, 1125). Mais est-il obligé de plaider? Non. Autrement, il se trouverait à la discrétion de la femme : celle-ci gagnant, se garderait bien d'invoquer le défaut d'autorisation; perdant, elle ne laisserait pas de le faire valoir. Le défendeur pourra donc, à son choix, appeler le mari en cause et le mettre en demeure d'autoriser sa femme, ou, par une sorte d'exception dilatoire, repousser la femme, et soutenir qu'elle est non-recevable jusqu'à ce qu'elle se soit fait autoriser (Laurent, t. III, N° 156; Demol., t. IV, N° 351; Paris, 4 Déc. 1875, D., 1876, II, 209; 30 Janvier 1877, D., 1877, I, 348).

La femme est défenderesse, et le demandeur n'a pas assigné le mari en même temps que la femme : l'assignation ne sera pas nécessairement nulle ; il suffira, pour la valider d'une assignation donnée ultérieurement au mari afin d'autoriser sa femme à ester en jugement. (Demol., t. IV, N° 352. — Laurent, t. III, N° 156).

Les décisions judiciaires rendues contre la femme mariée non autorisée, ou à son profit, sont entachées de nullité et par conséquent susceptibles d'être attaquées. Toutefois l'on ne pourra pas agir par voie d'action principale en nullité, car « *Voies de nullité n'ont lieu en France contre les jugements.* » Il faudra donc avoir recours soit à l'opposition, soit à l'appel, si le jugement a été rendu par défaut ou en premier ressort; soit à la cassation, s'il a été rendu en dernier ressort ou s'il est passé en force de chose jugée.

En ce qui touche la requête civile, nous pensons qu'il sera impossible à la femme d'y recourir. En effet, l'article 480 du Code de Procédure civile disant que la requête civile sera admise contre les jugements (en dernier ressort), *si les formes prescrites à peine de nullité ont été violées*, ne s'occupe que des nullités de formes, tandis que la nullité résultant du défaut d'autorisation est une nullité de fonds. D'ailleurs l'article précité ne s'applique qu'aux formes requises pour la validité des actes de juridiction considérés en eux-mêmes, et abstraction faite de la qualité des parties (Aubry et Rau, t. IV, § 472; *Contrà*, Demol., t. IV, N° 355).

Quant au mari en particulier, il pourra faire tierce-opposition au jugement, car il n'a été ni appelé ni représenté au procès.

SECTION III.

DE LA RATIFICATION.

Dans notre ancien droit, la nullité résultant du défaut d'autorisation n'était pas susceptible d'être couverte. Il en est autrement aujourd'hui. La ratification ou confirmation rend à l'obligation contractée par la femme non autorisée la force qu'elle aurait eue, si elle avait été valable *ab initio*. D'après l'article 1338 3°, elle a pour effet d'emporter « la renonciation aux moyens et exceptions que l'on pourrait opposer contre cet acte, sans préjudice néanmoins du droit des tiers. »

La ratification est soit expresse (art. 1338 1°), soit tacite (art. 1304 et 1338 2°).

1° La ratification expresse peut avoir lieu soit pendant le mariage, soit à sa dissolution.

Pendant le mariage. — Émane-t-elle du mari? Elle n'a d'effet que par rapport à lui; elle ne sera pas opposable à la femme qui conservera son action en nullité (Demol., t. IV, N° 211 ; Cassat. 26 Juin 1839, Sirey, 1839, I, 878; Paris, 23 Févr. 1849, Sirey, 1849, II, 145; Douai, 10 Déc. 1872, D. 1873, II, 92.— *Contrà* Aubry et Rau, t. IV, § 472; Laurent, t. III, N° 166).

Émane-t-elle de la femme? Si l'autorisation lui a été donnée par son mari l'acte est valable vis-à-vis de ce dernier; l'action en nullité disparaît donc entièrement. Si l'autorisation lui a été donnée par la justice, la ratification valable quant à la femme n'est pas opposable au mari (Aubry et Rau, t. IV, § 472).

Emane-t-elle des deux époux conjointement? Le vice résultant du défaut d'autorisation est complètement purgé.

La ratification sera donc opposable à leurs créanciers, sauf toutefois si elle a lieu en fraude de leurs droits, ou si elle est postérieure à la demande en nullité formée par eux (Aubry et Rau, t. IV, § 472; Cassat., 17 Août 1853, Sirey, 1854, I, 811).

A la dissolution du mariage. — Si la ratification est donnée par la femme seule ou par ses héritiers, elle ne sera pas opposable au mari ou à ses héritiers. En sens inverse, si la ratification est donnée par le mari ou ses héritiers, elle ne sera pas opposable à la femme ou à ses héritiers. (Aubry et Rau, t. IV, § 472; Laurent, t. III, N° 169).

2° La ratification tacite résulte soit de l'exécution volontaire (art. 1338 2°), soit de l'expiration du délai de dix ans (art. 1304).

En ce qui touche l'exécution volontaire, elle produit les mêmes effets que la ratification expresse. (Paris, 3 Août 1873, D. p., 1873, II, 119).

L'expiration du délai de dix ans emporte également extinction de l'action en nullité. Mais à partir de quel moment ce délai court-il? L'article 1304 va nous le dire : « Ce temps ne court..... pour les actes passés par les femmes mariées non autorisées que du jour de la dissolution du mariage. » Ce n'est, en effet, qu'à partir de ce moment que la femme est réellement libre d'agir en nullité; elle n'est pas libre pendant le mariage, car, ayant contracté à l'insu de son mari et au mépris de sa puissance maritale, elle n'ose point engager un procès en nullité, dans la crainte de porter à la connaissance de son mari la faute qu'elle a commise.

L'action en nullité n'appartient pas seulement à la femme qui a contracté sans autorisation, elle est aussi

donnée à son mari. Mais quel est le point de départ des dix ans accordés au mari, pour exercer l'action en nullité qui lui compète? Ces dix ans courent-ils du jour où il a eu connaissance du contrat ou du jour de la dissolution du mariage?

Dans un système, on fait courir le délai de dix ans à partir du jour où il a eu connaissance du contrat. La prescription, dit-on, ne doit pas courir contre la personne qui n'est point libre; mais dès qu'elle peut agir, la prescription doit courir contre elle. Or, le mari est aussi libre d'agir pendant le mariage qu'après sa dissolution; la prescription courra donc contre lui du jour où il a connu le contrat fait par sa femme. S'il laisse écouler dix ans à partir de ce moment, son silence doit être considéré comme une ratification tacite qui éteint son action en nullité (Marcadé, art. 1304, N° 2).

Nous préférons le système contraire. Il n'y a aucune raison de ne pas appliquer au mari l'article 1304, car cet article ne distingue nullement. On prétend que le silence du mari prouve nécessairement une ratification tacite; nous répondrons que ce silence peut être déterminé par d'autres motifs, par exemple, par la crainte de troubler la paix du ménage (Demol., t. XXIX, N° 150; Aubry et Rau, t. IV, § 472; Colmet de Santerre, t. V, N° 265 *bis*, II; Valette, sur Proudhon, t. I, p. 487; Larombière, t. IV, art. 1304, N° 23).

Nous avons dit, au commencement de notre section, que la ratification a un effet rétroactif au jour du contrat, mais qu'elle ne peut pas nuire aux droits des tiers. Or, quels sont ces tiers? Il faut entendre par là ceux qui, antérieurement à la confirmation, ont acquis sur la chose qui en fait l'objet des droits incompatibles avec les droits

résultants de l'acte ratifié (Demol., t. XXIX, N° 787). Mais nous ne comprendrons pas, dans cette dénomination, les créanciers chirographaires de la partie qui a ratifié, car ils ne sont que des ayants-cause et n'ont d'autre droit que celui de leur auteur (Demol., t. XXIX, N° 792).

CHAPITRE VI.

SITUATION PARTICULIÈRE DE LA FEMME SOUS LE RÉGIME DE LA SÉPARATION DE BIENS.

Nous avons vu, dans le chapitre II, que la femme même non commune ou séparée de biens « ne peut donner, aliéner, hypothéquer, acquérir à titre gratuit ou onéreux, sans le concours du mari dans l'acte ou son consentement par écrit » (art. 217). Cette prohibition parait absolue. Cependant l'article 1449, § 2, nous dit qu' « elle peut disposer de son mobilier et l'aliéner. » Que signifie donc cette contradiction ? Que veulent dire ces articles dont l'un défend à la femme de faire sans autorisation certains actes que l'autre semble lui permettre de faire seule ?

Cette contradiction n'est qu'apparente. En effet, si nous lisons le § 1 de l'article 1449, nous voyons que « la femme séparée de corps et de biens, soit de biens seulement, en reprend la libre administration. » Les deux paragraphes de notre article étant intimement liés, il en résulte que si la femme peut faire seule certains actes, c'est seulement à la condition qu'ils rentrent dans la catégorie des actes d'administration (Demol., t. IV, N° 155; Cassat. 25 Avril 1882, D., 1882, I, 248).

Mais qu'est-ce qu'un acte d'administration? Le législateur a omis de le définir. Il sera donc souvent bien

difficile de reconnaître si l'acte fait par la femme séparée est ou non un acte d'administration. Devant le silence de la loi, nous dirons que ce sera une question de fait et qu'il importera, avant tout, d'examiner les circonstances dans lesquelles l'acte aura été accompli.

Examinons d'abord les actes pour lesquels la nécessité de l'autorisation est inutile ou au moins sujette à controverse.

La femme peut incontestablement :

Consentir toutes les obligations relatives à l'entretien et à la réparation de ses biens.

Payer ses dettes.

Toucher ses revenus, recevoir et poursuivre le remboursement de ses capitaux, en donner quittance, et même consentir à la main-levée d'une inscription hypothécaire prise pour leur sûreté.

Placer ses fonds soit sur l'Etat, soit sur particuliers, soit en actions dans une société, pourvu qu'une fois le capital versé il ne résulte aucune obligation à sa charge (Demol., t. IV, N° 154).

L'on se demande si la femme séparée peut, à titre de placement, acquérir soit des meubles, soit des immeubles. La question est controversée.

Pour soutenir la négative, on raisonne ainsi : aux termes de l'article 217, la femme, même séparée de biens, ne peut acquérir à titre gratuit ou onéreux sans autorisation. Or, l'article 1449 n'apporte aucune dérogation à la faculté d'acquérir ; il ne fait exception qu'en ce qui concerne la faculté d'aliéner. Donc, la femme ne peut acquérir à titre onéreux sans autorisation, alors même qu'elle est séparée de biens.

Nous pensons, avec M. Demolombe, que la femme

pourra, dans certains cas, acquérir à titre onéreux. En effet, aux termes de l'article 1449, la femme a la libre administration, et, par suite, le droit de disposer de son mobilier, de faire le placement de ses capitaux soit en rentes sur l'Etat, soit même en actions dans des sociétés. Or, si elle jouit d'une telle capacité, pourquoi lui refuser le droit d'acheter des meubles, corporels ou incorporels, et même des immeubles ? Un arrêt de la Cour de Cassation du 15 Décembre 1832 a jugé qu'un mineur émancipé peut acheter seul un immeuble avec le produit de ses économies. Il serait étrange que la femme séparée, dont le pouvoir est assurément plus grand que celui du mineur émancipé, ne bénéficiât pas du même droit. Et si on lui permet d'acquérir des immeubles avec ses économies, pourquoi ne le pourrait-elle pas avec ses capitaux, puisqu'elle a le droit de les placer, de les employer elle-même ?

Nous conclurons donc que toutes les fois que l'acquisition d'un meuble ou d'un immeuble par la femme aura les caractères d'un acte d'administration, autrement dit, lorsque l'acquisition sera faite avec un capital *actuellement disponible*, elle sera valable. Comme le dit M. Demolombe : « La femme peut acheter au comptant, mais point à crédit. Elle ne peut pas enfin acquérir en tant qu'elle contracterait une obligation personnelle. » (t. IV, N° 157 ; Aubry et Rau, t. IV, § 516).

Faut-il aller jusqu'à dire que la femme pourrait, en vertu de son droit d'administration, acheter un usufruit ou même placer ses capitaux à rente viagère ? M. Demolombe (t. IV, N° 158) professe la négative. L'aliénation définitive et sans retour du capital peut, dit-il, du jour au lendemain, plonger la femme dans une ruine complète.

Nous préférons l'opinion contraire, par le motif que l'acquisition d'une rente viagère, bien qu'emportant aliénation du capital qui en forme le prix, n'en est pas moins un placement de fonds, et qu'en l'absence de toute règle qui impose à la femme l'obligation de faire un emploi déterminé de ses capitaux, elle doit être libre de choisir le mode qui lui paraît le plus utile à ses intérêts (Aubry et Rau, t. IV, § 516 ; Paris, 17 Mai 1834, D., 1834, II, 153).

Elle peut également transiger sur les difficultés relatives à l'administration de ses biens et de son mobilier. En effet, d'après l'article 2045 du Code civil, « pour transiger, il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction. » Or, la femme a la capacité de disposer seule de son mobilier (art. 1449) ; donc, elle peut transiger seule sur les difficultés qui y sont relatives, mais bien entendu dans la limite de son droit d'aliéner et d'administrer (Demol., t. IV, N° 159).

Disposer de son mobilier et l'aliéner, à titre onéreux, mais seulement, nous l'avons déjà dit, dans les limites d'une libre administration. Il en résulte que la femme ne peut disposer de son mobilier, à titre gratuit, car le droit d'administrer ne comporte pas une telle capacité. Toutefois, nous lui permettrons de faire des dons modiques qui se prélèvent sur les revenus, et, le plus souvent, ne peuvent porter aucun préjudice à ses intérêts. Ce sera, en tous les cas, une question de fait laissée à l'appréciation de la justice. (Demol., t. IV, N° 150).

La femme pourrait-elle demander la nullité des aliénations mobilières par elles consenties, sous le prétexte qu'elle aurait excédé les bornes de sa capacité, en y procédant par esprit de dissipation, et non dans des

vues de bonne administration? Nous ne le croyons pas. Il nous paraît impossible de soumettre les tiers, qui veulent traiter avec une femme séparée de biens, à la nécessité de s'enquérir des motifs qui la portent à aliéner son mobilier. Ce serait tendre un piège à leur bonne foi, et provoquer des contestations difficiles à apprécier. Cependant, les aliénations mobilières faites par une femme séparée de biens pourraient être annulées, si ses habitudes de dissipation étant de notoriété publique, les tiers acquéreurs devaient être considérés comme ayant agi de mauvaise foi (Aubry et Rau, t. IV, § 516; *Contrà*, Demol., t. IV, N° 155).

Elle peut contracter des emprunts et en général s'obliger d'une manière quelconque pour l'administration de ses biens. Ceci nous amène à nous demander si l'obligation ainsi contractée par la femme est exécutoire sur tous ses biens, soit meubles, soit immeubles?

MM. Aubry et Rau sont d'avis qu'elle ne peut l'être sur les immeubles, car l'incapacité d'aliéner est la règle (art. 217), et l'article 1449 n'y déroge nullement. Une personne incapable d'aliéner certains biens, l'est par cela même de les engager, parcequ'il n'est pas permis de faire indirectement ce qu'il est défendu de faire directement. Certains auteurs se basent sur l'article 2092 pour déclarer que les engagements contractés par la femme, relativement à l'administration de son patrimoine, étant valables, doivent être exécutés sur tous les biens, meubles ou immeubles. Mais cet argument n'est qu'une pétition de principe, puisque l'article 2092, loin de viser une question de capacité, règle uniquement l'effet ordinaire des engagements personnels sur les biens du débiteur, et suppose évidemment une obligation contractée par une personne

capable d'engager son patrimoine tout entier. Or, il s'agit précisément de savoir si la femme séparée de biens jouit de cette capacité, indépendamment de toute autorisation. Le créancier ne pourra donc exercer de poursuites que sur son mobilier et sur les revenus de ses immeubles (t. IV, § 516; Marcadé, art. 1449, N° 3; Odier, I, 413).

Nous adopterons l'opinion contraire, et nous dirons que l'obligation sera exécutoire tant sur les meubles que sur les immeubles. La loi qui accorde à la femme la libre administration de ses biens (art. 1449) n'a pas dû la lui rendre impossible. Or, est-il possible d'administrer si l'on ne peut s'obliger; et peut-on s'obliger, si les obligations contractées ne sont pas exécutoires selon les règles du droit commun? Quiconque s'oblige, oblige le sien. L'article 2092 nous semble absolument probant (Demol., t. IV, N° 161).

La femme séparée pourra-t-elle seule hypothéquer ses immeubles pour la garantie de ses obligations? Nous ne le croyons pas. Il résulte, en effet, de l'article 2124 que pour constituer hypothèque, il faut pouvoir non-seulement s'obliger personnellement, mais encore aliéner d'une manière absolue l'immeuble qu'il s'agit d'y soumettre. Le pouvoir d'hypothéquer n'est pas toujours la conséquence de celui de s'obliger. C'est ainsi que le tuteur peut obliger le mineur pour cause d'administration, mais qu'il ne peut constituer hypothèque sur les biens de ce mineur. L'hypothèque est un acte très grave qui altère le crédit du débiteur; aussi comprend-on que la loi refuse la capacité de faire un pareil acte à ceux-là même à qui elle reconnaît cependant la capacité d'administrer. On oppose, il est vrai, l'article 6 du Code de Commerce, aux termes duquel les mineurs autorisés à faire le commerce peuvent hypothéquer leurs immeubles. Cet article ne prouve rien, car

si le mineur *commerçant* peut hypothéquer ses biens pour faits de son négoce, il en résulte *à contrario* que cette faculté lui est refusée en tout autre cas (Demol., t. IV, N° 162; Valette, sur Proudhon, t. II, p. 435-437).

Elle peut consentir des baux a loyer ou à ferme, car c'est bien là un acte d'administration. Mais pourra-t-elle passer des baux pour une durée supérieure à neuf années?

Nous ferons une distinction. S'agit-il d'immeubles de nature ordinaire, elle ne pourra les louer que pour une période de neuf ans seulement (art. 1429); s'agit-il, au contraire, d'immeubles destinés par leur disposition au commerce ou à l'industrie, nous lui permettrons de les louer pour le temps qu'elle jugera nécessaire. Les établissements industriels exigent le plus souvent un bail de longue durée, or, si les pouvoirs de la femme sont limités, la location sera pour ainsi dire impossible. Puisque la femme séparée a le droit d'administrer ses biens (art. 1449), nous croyons juste de maintenir les actes par elle accomplis, à la condition qu'ils rentrent dans la sphère des actes d'administration.

Nos adversaires nous opposent des arguments d'analogie fondés sur les articles 1429, 1718, 595 et 481.

L'article 1429 dit que le mari, sous le régime de la communauté, peut, comme administrateur des biens personnels de sa femme, les donner à bail pour une durée illimitée; mais à la dissolution de la communauté, le mari perdant ses droits d'administration, le bail sera réduit à une durée de neuf années, pour ne pas gêner le droit de propriété de la femme ou de ses héritiers.

L'article 595, qui traite des droits de l'usufruitier, renvoie à l'article 1429. L'usufruitier est, en effet, dans une situation analogue à celle du mari sous le régime de la

communauté. Il n'est pas propriétaire irrévocable des biens dont il a la jouissance, et doit par conséquent respecter le droit éventuel du nu-propriétaire. Tant que dure l'usufruit, il peut faire des baux d'aussi longue durée qu'il lui convient; mais quand arrive l'extinction de son droit, il se trouve dans l'obligation de ne pas entraver celui du nu-propriétaire. C'est pourquoi le législateur assimile, quant aux baux, l'usufruitier au mari administrateur sous le régime de la communauté.

Faut-il étendre, par analogie, ces dispositions au cas qui nous occupe? Cela nous semble impossible, car les situations ne sont pas les mêmes. En effet, dans l'hypothèse des articles 1429 et 595, la propriété et l'administration sont dans des mains différentes ; or, rien de pareil ne se présente en notre matière, puisque la femme conserve la propriété et l'administration de ses biens. Nous n'avons nullement à craindre l'intervention d'un tiers voulant faire valoir ses droits de propriétaire. Nous en concluons que la femme peut faire des baux d'une durée illimitée, les articles précités visant une hypothèse absolument différente de la nôtre.

Quant aux arguments tirés des articles 1718 et 481, nous les repousserons par cette simple remarque : le tuteur n'a que la *pure* administration des biens du mineur; de même en ce qui concerne le mineur émancipé, sur ses propres biens (art. 484). La femme a, au contraire, une capacité plus vaste et plus étendue : elle peut faire tous les actes de *libre* administration (art. 1449).

Nous pouvons enfin nous appuyer sur l'article 1673. Aux termes de cet article, le vendeur qui use du pacte de rachat doit exécuter les baux faits sans fraude par l'acquéreur, sans aucune distinction de durée. Si l'acheteur n'est

plus propriétaire, il n'en est pas moins vrai qu'il a été administrateur du fonds ; le vendeur ne peut anéantir les actes d'administration, car il porterait atteinte aux droits des tiers. Les baux seront donc respectés. Cela prouve suffisamment que la loi ne considère pas les baux de plus de neuf ans comme dépassant les limites de l'administration. Donc, la femme séparée pourra, sans autorisation, consentir des baux d'une période supérieure à neuf années, toutes les fois qu'un tel bail aura les caractères d'un acte d'administration. C'est à la justice qu'il appartiendra d'apprécier (Demol., t. IV, N° 154 ; *contrà* Aubry et Rau, t. IV, § 516).

La femme séparée ne peut, sans aucune autorisation, faire les actes qui dépassent les limites d'une véritable administration. Ainsi, elle ne peut pas :

Acquérir à titre gratuit (art. 217, 934).

Acquérir à titre onéreux, si ce n'est à titre de placement de fonds actuellement disponibles (art. 217 et 1449).

Aliéner ses immeubles à titre gratuit ou onéreux. Cette prohibition doit s'appliquer au cas où il s'agirait d'un immeuble acheté par la femme avec les économies faites sur ses revenus (art. 1538, 1549), ou avec des bénéfices réalisés dans son commerce. Il est vrai qu'un arrêt de la Cour de Cassation du 8 Septembre 1814 (Sirey, 1815, I, 39) paraît avoir décidé que la femme qui a le droit de disposer de ses économies, doit pouvoir disposer de ce qui en provient, car autrement on lui ferait une condition moins avantageuse que si elle les avait dépensées. Mais nous répondrons que la loi qui défend à la femme d'aliéner ses immeubles ne comporte pas cette distinction, « dans aucun cas.... » dit l'article 1538. Cette décision, fait

remarquer M. Demolombe, loin d'encourager la dissipation et la prodigalité, encourage au contraire l'esprit d'ordre, en assurant les garanties de conservation à ce qui en est le produit (t. IV, N° 152).

Aliéner ses meubles à titre gratuit, ni même à titre onéreux, si ce n'est, nous l'avons déja dit, pour cause d'administration.

Ester en jugement, même relativement à des actes qu'elle peut faire sans autorisation, en vertu de son droit d'administration.

Compromettre, même sur les difficultés relatives à l'administration de ses biens et à son mobilier. Les partisans du système contraire se basent sur l'article 1003 du Code de Procédure : « Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition. » Or, la femme ayant la libre administration de ses biens, et le droit de disposer de son mobilier, doit pouvoir compromettre sur les difficultés relatives à cette administration et à ce mobilier. Cette opinion nous semble erronée, car, d'après l'article 1004 de ce même Code, on ne peut compromettre « sur aucune des contestations qui seraient sujettes à communication au ministère public. » Or, d'après l'article 83, les causes des femmes mariées non autorisées de leurs maris sont sujettes à communication. Il nous paraît donc exact de dire qu'elles ne sont pas susceptibles de donner lieu à un compromis. Nous avons déclaré à l'instant que la femme, même séparée de biens, ne peut ester sans autorisation. Or, compromettre, c'est bien en quelque sorte plaider. On ne peut pas permettre d'un côté ce que l'on défend de l'autre (Demol., t. IV, N° 160).

La femme ne peut non plus accepter une succession,

car si elle accepte purement et simplement, elle risque de payer les dettes *ultra vires*; et si elle fait une acceptation bénéficiaire, elle s'oblige à rapporter (art. 843). Nous en dirons de même pour la renonciation, puisqu'elle aliènerait la faculté d'accepter; or, nous savons qu'elle ne peut aliéner.

Partager une succession immobilière. S'il s'agissait d'une succession mobilière, elle n'aurait pas besoin d'être autorisée, puisqu'elle peut disposer de son mobilier, sauf pourtant si le partage devait avoir lieu en justice.

Accepter un mandat, en tant qu'il en résulterait pour elle quelque engagement, soit envers les tiers, soit envers le mandant. Notons en passant qu'elle n'a pas besoin d'autorisation pour accepter et remplir un mandat que la loi lui confère, par exemple, l'exercice de la puissance paternelle sur ses enfants, l'acceptation d'une donation qui leur serait faite (art. 935).

C'est par application de ces principes qu'on a toujours décidé que la femme obligeait son mari, sans s'obliger elle-même, par les engagements qu'elle contracte pour les besoins du ménage envers les tiers. Elle agit alors en vertu de la procuration de son mari, qui est présumé lui donner mandat de faire toutes les dépenses nécessaires à l'entretien de la famille (Demol., t. IV, N^{os} 169 et 170).

Nous venons de voir que les différents régimes matrimoniaux modifient l'étendue de l'incapacité de la femme. De là peuvent naître deux questions:

1° Lorsque le mari a, d'après les conventions matrimoniales, l'administration et la jouissance des biens personnels de la femme, si un tiers fait un legs à la femme, sous la condition que le mari n'en aura ni l'administration ni la jouissance, cette condition devra-t-elle être réputée non écrite?

Nous ne le pensons pas, car, de tous les arguments qu'on puisse faire valoir pour l'application de l'article 900 dans notre hypothèse, le plus sérieux consiste à dire qu'il y aurait là une atteinte portée à l'autorité maritale, autorité qui doit être rangée parmi les principes d'ordre public. Cet argument est vrai dans une certaine mesure; par exemple, il est d'ordre public que la femme soit obligée d'habiter avec son mari (art. 214). Mais il ne s'ensuit pas que tous les attributs de l'autorité maritale aient une pareille importance, et précisément, en ce qui touche le droit d'administration, cette importance n'existe pas; en effet, nous venons de voir la loi elle-même donner à la femme séparée le droit de libre administration (art. 1449); nous savons, en outre, que la femme peut, par son contrat de mariage, se réserver l'administration et la jouissance de certains biens. C'est donc que le droit pour le mari d'administrer les biens de sa femme n'est pas un principe d'ordre public, et si ce n'est pas un principe d'ordre public, nous devons admettre qu'un tiers peut léguer un objet à une femme commune, sous la condition qu'elle aura la libre administration du bien légué.

L'article 1401 parait bien supposer d'ailleurs que la femme peut avoir l'administration des biens donnés ou légués. Il nous montre que la femme peut recevoir des donations ou des legs dont le capital ou les produits mêmes peuvent être exclus de la communauté par le donateur ou testateur. Il est évident qu'une disposition de ce genre suppose implicitement l'exclusion du mari de l'administration, car, autrement, il n'aurait que des charges sans récompense. Le contrat de mariage se trouve ainsi modifié d'une manière profonde par intervention d'une volonté tierce. On ne voit pas pourquoi l'idée que suppose ce

texte ne serait pas une règle générale et pourquoi la femme ne pourrait pas avoir le bénéfice d'administration directe que lui confère implicitement l'article 1401. (Demol. t. IV, N° 171).

2° Si la femme, d'après les conventions matrimoniales ou en vertu d'un jugement qui aurait prononcé la séparation, a le droit d'administrer elle-même sa fortune, le mari ne conserve-t-il pas toujours un droit de surveillance et de contrôle qui lui permette de demander à la justice que la femme soit tenue, suivant les circonstances, de prendre telle ou telle précaution, de fournir telle garantie jugée nécessaire ?

Voilà, par exemple, une femme séparée de biens dont l'administration est notoirement mauvaise ; elle dégrade ses immeubles par des réparations mal comprises. Le mari sera-t-il obligé de rester témoin impassible des extravagances de sa femme ?

Un premier système soutient que la femme peut s'opposer à toute intervention maritale dans l'administration de son patrimoine. En effet, la loi ne lui donne-t-elle pas la *libre* administration (art. 1449), l'*entière* administration et la jouissance *libre* de ses revenus (art. 1536) ? Ces termes sont bien formels. Soumettre au contrôle du mari des pouvoirs ainsi conférés à la femme, serait faire la loi et non l'interpréter. Ce serait dans le ménage une source continuelle de discussions et de tracasseries que le législateur a voulu éviter (Cassat., 22 Déc. 1839, Dev., 1840, I, 242 ; 11 Avril 1842, Dev., 1842, I, 315 ; Caen, 12 Juin 1840, Picot, *Rec.*, t. V, p. 24).

Malgré ces raisons, nous croyons que le mari peut réclamer protection à la justice contre les caprices de sa

femme. En sa qualité de chef de famille, il a le devoir d'assurer l'avenir de ses enfants, et, par suite, le droit d'entraver par tous les moyens une administration qui conduirait à une ruine certaine (Demol., t. IV, N° 173. — Angers, 6 mai 1828, D., 1830, II, 118).

On a prétendu qu'il existait une différence entre la séparation de biens contractuelle et la séparation de biens judiciaire. La femme séparée par contrat n'aurait pas, dit-on, au contraire de la femme séparée par jugement, le droit de disposer de son mobilier et de l'aliéner. En effet, l'article 217 défend d'aliéner sans autorisation; cette défense ne concerne pas la femme séparée par jugement, puisqu'aux termes de l'article 1449 elle peut aliéner son mobilier; donc elle s'applique à la femme séparée par contrat. Ce qui le prouve, en outre, c'est la rédaction de l'article 1536 qui, s'occupant de la femme séparée par contrat, est complètement différente de la rédaction de l'article 1449 (Vazeille, II. 315; Fouquet, N° 53).

Cette opinion est, croyons-nous, d'autant moins admissible que ses partisans admettent que la femme, en stipulant la séparation de biens, peut se réserver la même capacité que celle qui appartient à la femme séparée judiciairement. Or, comment comprendre que la femme ait le droit de modifier sa capacité par son contrat de mariage? Aux termes de l'article 1536, la femme séparée de biens par contrat en conserve l'entière administration; d'un autre côté, l'article 1449 considère la faculté de disposer du mobilier comme une conséquence du droit d'administrer; par suite de la corrélation intime de ces deux articles, nous devons conclure forcément qu'il n'existe aucune différence entre les deux séparations. L'article 1538, placé dans la section du régime de la séparation de biens con-

tractuelle, nous fournit d'ailleurs un argument favorable, en déclarant que la femme ainsi séparée ne peut aliéner ses immeubles. Or, que signifierait cette prohibition si la femme était frappée de l'incapacité absolue et générale d'aliéner ? (Paris, 11 Mars 1811, D., 1812, II, 21 ; Demol., t. IV, N° 148).

Remarquons, en terminant, que les principes énoncés dans ce chapitre ne sont pas exclusivement propres à la femme séparée de biens. Il faut également les appliquer à la femme dotale, quant à ses paraphernaux, et à la femme mariée sous le régime de communauté ou le régime sans communauté, pour les biens dont elle s'est réservé l'administration et la jouissance.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

I. Le pupille qui a contracté sans l'*auctoritas tutoris* est tenu naturellement.

II. Lorsque l'obligation du fidéjusseur dépasse la mesure de l'obligation principale, elle est *nulle* et non réductible.

III. La limite de l'*infantia* était l'âge de 7 ans.

IV. La *filiafamilias* fut à toute époque capable de s'obliger.

V. D'après Celsus, le *fidejussor indemnitatis* pouvait être poursuivi avant le débiteur principal (l. 42, *de rebus creditis*). D'après Paul, il ne pouvait l'être qu'après (l. l. 116, *de verb. oblig.*, et 21, *de solut.*).

VI. Le créancier solidaire pouvait faire novation avec le débiteur. Les lois 31, § 1, *de novat.*, et 27 pr., *de pactis*, se concilient.

DROIT FRANÇAIS.

DROIT CIVIL.

I. La reconnaissance d'enfant naturel faite par testament est irrévocable.

II. Les créanciers qui exercent les droits de leur débiteur, en vertu de l'art. 1166, n'ont pas besoin de se faire subroger judiciairement.

III. Les donations déguisées sous l'apparence d'un contrat à titre onéreux sont nulles pour défaut de formes.

IV. Les créanciers qui attaquent la renonciation que leur débiteur a faite à un droit de succession doivent prouver la fraude et le préjudice.

V. Le défaut de transcription ne peut être opposé par les héritiers légitimes du donateur.

VI. La révocation d'un testament faite dans un second testament passé devant notaire, nul pour défaut de formes, mais valable comme acte notarié ordinaire, est de nul effet.

PROCÉDURE CIVILE.

I. L'étranger défendeur ne peut exiger la caution *judicatum solvi* d'un autre étranger demandeur.

II. La caution *judicatum solvi* doit être demandée avant toute autre exception, même celle d'incompétence et de nullité d'exploit.

DROIT PÉNAL.

I. L'article 59 du Code pénal doit être interprété en ce sens que le complice est passible de la même peine de *droit* que l'auteur principal, mais non de la même peine de *fait*.

II. L'accusé acquitté en Cour d'assises peut être poursuivi en matière correctionnelle, à raison du même fait *autrement qualifié*.

DROIT COMMERCIAL.

I. La preuve testimoniale est facultative, même au-dessous de 150 francs.

II. Les livres des marchands constituent en leur faveur, contre les personnes non-commerçantes, un commencement de preuve [redacted] qui rend admissible le serment supplétoire, mais non la preuve testimoniale.

Vu par le Président de la Thèse,
D. DANJON.

Vu par le Doyen,
C. DEMOLOMBE.

Permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie,
E. ZEVORT.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

Pages

INTRODUCTION 1

CHAPITRE I. Date, texte, motifs et but du sénatus-consulte Velléien 6

CHAPITRE II. De l'intercession et des formes qu'elle revêt généralement 10

CHAPITRE III. Des conditions de fond nécessaires pour qu'il y ait intercession. 20

1re CONDITION. — La femme doit s'obliger 20

2e CONDITION. — La femme doit s'obliger pour autrui 23

3e CONDITION. — La femme doit s'obliger pour un tiers auprès d'un tiers. 25

4e CONDITION. — La femme doit s'obliger pour autrui, dans l'intérêt d'autrui, et non pas dans son intérêt personnel . . . 28

CHAPITRE IV. Des exceptions au sénatus-consulte Velléien 32

CHAPITRE V. Des effets du sénatus-consulte Velléien . 43

SECTION I : Des effets du sénatus-consulte par rapport à la femme, et à ceux qui peuvent s'en prévaloir de son chef. . 43

SECTION II : Des effets du sénatus-consulte à l'égard des créanciers . . 52

CHAPITRE VI. Des innovations de Justinien 61
CHAPITRE VII. Destinées du sénatus-consulte Velléien dans la législation française . . . 66

DROIT FRANÇAIS

Pages
INTRODUCTION 71
CHAPITRE I. Fondement de l'incapacité de la femme mariée 83
CHAPITRE II. Etendue de l'incapacité de la femme mariée 88
SECTION I : Actes que la femme ne peut jamais faire sans autorisation . . . 89
§ I. — Des actes judiciaires . . 89
§ II. — Des actes extrajudiciaires 95
SECTION II : Actes que la femme mariée peut faire sans autorisation . . . 99
§ I. — Actes que la femme mariée peut faire sans autorisation parcequ'ils ne lui sont pas interdits par les articles 215 et suivants. 99
§ II : — Actes que la femme peut faire valablement sans autorisation parce que la loi l'en a dispensée . 101
CHAPITRE III Formes de l'autorisation 103
SECTION I : De l'autorisation du mari 103
§ I. — De sa spécialité . . . 103
§ II. — Comment l'autorisation du mari peut être donnée. 108

§ III. — A quel moment doit intervenir l'autorisation du mari 113
SECTION II : De l'autorisation de justice. 116
§ I. — Des cas dans lesquels elle intervient. 116
§ II. — Formes de l'autorisation de justice. 134
§ III. — Des conditions requises pour la validité de l'autorisation de justice et du moment où elle doit être donnée 141
SECTION III : De la révocation de l'autorisation . . . 142
CHAPITRE IV. Effets de l'autorisation 144
SECTION I : Effets de l'autorisation à l'égard de la femme. 144
§ I. — De l'autorisation d'ester en jugement. 146
§ II. — De l'autorisation de faire le commerce. . . . 150
SECTION II : Effets de l'autorisation à l'égard du mari. . 155
CHAPITRE V. Du défaut d'autorisation 160
SECTION I : Quelles personnes peuvent invoquer la nullité résultant du défaut d'autorisation 160
SECTION II : Effets du défaut d'autorisation 168
SECTION III : De la ratification . . 171
CHAPITRE VI. Situation particulière de la femme sous le régime de la séparation de biens. . . 174

Lille. Imp. Camille Robbe.